جامعة العلوم الإسلامية العالمية
كلية الشريعة والقانون
قسم الفقه وأصوله

# منع تصرف المفلس في ماله المثقل بالديون والالتزامات المالية في الشريعة والقانون

إعداد الطالبة
أشجان خالص حمو الزهيري

إشراف
الأستاذ الدكتور عبد الملك السعدي

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة دكتوراه فلسفة في تخصص الفقه وأصوله في جامعة العلوم الإسلامية العالمية

٢٠١٠م – ١٤٣١هـ

**منع تصرف المفلس في ماله المثقل بالديون والإلتزامات المالية**

**في الشريعة والقانون**

**إعداد الطالبة**

**أشجان خالص حمو الزهيري**

**قدمت هذه الأطروحه استكمالاً لمتطلبات درجة دكتوراه فلسفه في الفقه وأصوله**

**في جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الاردن .**

**وافق عليها**

**أعضاء لجنة المناقشة**

**الدكتور عبد الملك السعدي ............................................... مشرفاً.**

أستاذ في الفقه وأصوله، جامعة العلوم الإسلامية العالمية

**الدكتور محمد الغرايبة .................................................. عضواً .**

أستاذ في الفقه وأصوله، جامعة العلوم الإسلامية العالمية

**الدكتور قحطان الدوري .................................................. عضواً.**

أستاذ في الفقه وأصوله، جامعة العلوم الإسلامية العالمية

**الدكتور محمد صبري الجندي ............................................ عضواً.**

أستاذ مشارك في القانون المدني، جامعة العلوم الإسلامية العالمية

**الدكتور محمد عقلة الإبراهيمي ...........................................عضواً.**

أستاذ في الفقه وأصوله، جامعة اليرموك

**تاريخ تقديم الأطروحة** ١٤ شوال ١٤٣١هـ - **٢٣ / ٩ /** ٢٠١٠م

بسم الله الرحمن الرحيم

(وَاعْلَمُوا أَنَّمَا أَمْوَالُكُمْ وَأَوْلَادُكُمْ فِتْنَةٌ وَأَنَّ اللّه عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ)

صدق الله العظيم

# الإهداء

إلى زوجي ... حبًا وامتنانًا

إلى والدتي ... برًا واحسانًا

إلى والدي... ذكرًا واقتداءًا

إلى عمي وعمتي... شكرًا وامتنانًا

إلى أولادي ... أملاً واعتبارًا

أشجان الزهيري

# شكر وعرفان

قال تعالى: ﴿ وَمَن يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِۦ ﴾[1] .

إن العجز عن الشكر هو الشكر في ذروته تعجز القواميس وتمل الأقلام في بعض الأحيان عن أن تعبر عن ما يجول في داخل المرء من أحاسيس وتعابير قد يعبر عنها الصمت خيرًا من الكلام.

بعد هذا الجهد المتواضع في إتمام رسالتي، فإن فرحتي تكتمل بعد أن أرد الفضل إلى أهله.

أتقدم بكل كلمات الشكر وعبارات الإحترام والإعتزاز والتقدير إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عبد الملك عبد الرحمن السعدي المشرف على الرسالة الذي كان المصباح الذي أضاء لي الدرب منذ بدء كتابة الرسالة وحتى الآن ولما قدمه لي من نصائح وإرشادات علمية وجهود مشكورة جزاه الله عني خير الجزاء .

ويدفعني واجب العرفان أن أتقدم بشكري وتقديري إلى الدكتور عبد الناصر أبوبصل رئيس جامعة العلوم الإسلامية العالمية لمتابعته المستمرة والجادة لنا نحن طلبة الدراسات العليا؛ فجزاه الله عنّا خير الجزاء، كما أتقدم بشكري وتقديري إلى أعضاء لجنة المناقشة المحترمين.

وإلى كل من قدم لي كتابًا أو قرارًا أو حتى قطرة حبر كتبت بها رسالتي، إليهم جميعًا وإلى من أُغفل عن الذكر سهوًا لا نسيانًا أقدم جهدي هذا مع خالص حبي وتقديري.

**أشجان الزهيري**

---

(١) لقمان، ١٢.

## الملخص

إن حماية الإنسان في حقوقه ومصالحه العامة قد كفلها الله في كتابه العزيز، والسنة النبوية المشرفة، فبين ذلك تفصيلاً وإجمالاً، فكان تدرج هذه الحقوق والمصالح من أهميتها مُوضَحًا في القواعد القانونية، والنصوص الشرعية، نصحاً، أو إرشاداً، أو توجيهاً، أو وضعاً لحد معين، أو نهياً عن الإفلات لأوضاع قد تخرج عن هذه القواعد والنصوص الحامية للحقوق وللمصالح العامة.

لقد قمت بطرح موضوعي هذا بما تيسر لي من الجهد فيما ورد في القانونين الأردني والعراقي مدركاً عدم وضوح المفاهيم والمعالم في نطاق المعاملات الشرعية، القائلة بعدم إقامة الحد في جريمة المالك المفلس عندما يتصرف في ماله المثقل بالديون.

ونتيجة لما حدث من التطورات الإقتصادية وتراكمات رأس المال فقد ظهرت وسائل متعددة من الإحتيال، لإفلات المدين المفلس من الضوابط الشرعية، والقانونية التي تذهب بالنيل من حقوق الآخرين لديه.

ولهذا فإني تناولت في بحثي هذا تعريف الإفلاس والحجر وبيان شروطهما، مبينا تصرفات المدين التي يمنع منها حال وقوع الحجر عليه، وأقترحت الحل المناسب لحماية حقوق الآخرين، وقلت أن الرهن والكفالة التي من شأنها إضعاف حق الدائنين يجب أن لا يلجأ إليها المفلس قبل إعلان الإفلاس وبعده.

فالحالة الأولى التي لا يفقد الدائنون حقهم لا يمنع من تصرفه في أمواله، أما الحالة الثانية فهي التصرف غير سليم وذلك لضمان الوفاء بديون الآخرين، وتعرضت أيضا لتصرف المدين بماله المثقل بالديون خفية، والمقيد بالضمانات التي عليه.

ثم توصلت إلى أن فعل المدين بماله بهذه الصفة قد يندرج تحت قائمة جرائم الأموال المتصرف بها بغير شرعية، وأوضحت تعريفا لهذا التصرف بإعتباره جريمة من نوع خاص وبينت أركانها والعقوبة المقررة لها، وكان هذا جهدا متواضعا قاصدة به خدمة الإنسانية وحفظ حقوق الآخرين.

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد :

لقد جاء القرآن الكريم، والسنة النبوية المطهرة ،والقانون العام الذي هو مجموعة القواعد القانونية جاءت جميعا لتنظم الحياة الإنسانية، في حفظ مصالح الأفراد والجماعات وصونا لأرواحهم، وأموالهم، كان أكثر ذلك حماية لهذه المصالح والحقوق، هي آيات الحدود في القرآن وقواعد قانون العقوبات المترتب على مخالفتها، فرض الجزاء المثالي المتمثل بالعقوبة الجنائية، والتدبير الإحترازي الممتد إلى أفعال الفرد تجاه أمواله، التي قد تلحق ضرراً وإعتداءً على حقوق الآخرين.

من هنا جاءت فكرة اختياري لموضوع هذه الرسالة الذي هو تصرف المفلس في ماله المثقل بالديون والإلتزامات المالية في الشريعة والقانون.

وإذا كان موضوع البحث هو من موضوعات القانون الجنائي الوضعي، والقانون الجنائي الشرعي، إلا أنه يقتضي مِنا التعرض إلى بعض مواضيع القانون المدني المتمثلة بموضوع الحجز وعقد الرهن بين الدائن المرتهن والمدين الراهن لذلك، وإن كنا قد تناولنا في بحثنا فصلاً عن الديون فذلك من أجل إغناء الموضوع من جميع جوانبه وإعطائه حقه.

**أهمية الدراسة:**

تأتي أهمية الموضوع من خلال الاعتبارات التالية:

١. الحيز الذي يشغله نظام الإفلاس لما فيه من معاملات مالية متعلقة تحدد مصلحة المدين والدائنين.

٢. انتشار الوسائل الحديثة التي يستطيع من خلالها المدين المفلس غش دائنيه وإخفاء أمواله بطريقة أو بأخرى دون علم السلطات العامة.

٣. توضيح المسائل المطروحة في البحث في نطاق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وتفصيل بعض الأمور الدقيقة في تصرفات المفلس ولو بشكل وجيز والتي غفل عنها البعض بالرغم من أهميتها .

٤. جرائم المدين التي قد يرتكبها من خلال تصرفه في أمواله المثقلة بالديون والالتزامات المالية.

**منهج البحث:**

**ان منهج البحث الذي اعتمدته في الرسالة:**

**أولاً :** اتباع المنهج الاستقرائي في قراءة المصادر ومطالعة ما جاء فيها بما يتفق مع روح الشريعة الإسلامية.

**ثانيًا:** اتباع المنهج الاستنباطي من خلال استخراج المعاني من النصوص ومناقشة أراء العلماء وبيان الراجح منها مع بيان أسباب الترجيح.

**مشكلة الدراسة:**

إن موضوع الدراسة كما ذكرنا هو التحدث عن تصرف الإنسان في أمواله وهل يمكن للإنسان أن يقيد في تصرفاته في هذه الأموال؟ وهل يمنع المفلس المثقل بالديون من التصرفات والالتزامات؟.

وسوف يتم طرح العديد من الأسئلة كما يأتي:

١. هل يعتبر تصرف المالك أو من يخوله المالك في ماله المثقل بالديون فعلاً مجرماً شرعاً وقانوناً؟.

٢. إذا كان هذا الفعل جريمة فماذا يطلق عليها؟ وما هي أركانها؟ وما هي العقوبة المقررة لها؟.

٣. هل يمكن أن يقوم المدين المفلس بأي تصرف من شأنه إضعاف ضمان الدائنين؟.

٤. إذا قام المالك ببعض التصرفات فما هي هذه التصرفات؟ وما هو موقف القانون والشريعة منها؟.
٥. هل يوجد ما يحمي حقوق الآخرين؟ ويردع المدين المفلس حينما يفكر بالإضرار بحقوق الآخرين(أفرادا، دولة).

## أهداف الدراسة ومبرراتها

إن لكل دراسة وبحث هدفا ونتيجة يصبو إليها الباحث ولابد من أن يكون هناك مبررات، وأسباب، دفعت الباحث لتحديدها من خلال بحثه.

**أولاً: الأهداف**

١. تحديد معنى المدين المفلس وتميزه عما يشتبه به من مصطلحات.
٢. بيان طبيعة التصرفات التي يقوم بها المدين وما يعتبر صحيحاً وجائزاً شرعاً وقانوناً وما يعتبر العكس.
٣. الاطلاع على القيود التي يمكن أن ترد على حرية الإنسان في التصرف بأمواله على الرغم من أنه ما زال مالكا لها (يعني بيان قيود حق الملكية).
٤. بعد أن نحدد تصرفات المدين (المالك المفلس) نبين طبيعة هذه التصرفات في نطاق محدود وواضح، وبيان أركان وأوصاف، وتحديد عقوبات لهذه الأفعال.

**ثانيًا: المبررات**

إن أهم المبررات التي دفعتني لكتابة بحثي هو أن الإنسان وكما نعلم حر التصرف في ماله لأنه مالك وكما نعلم أن حق الملكية للإنسان يخوله ثلاث خصائص تمكنه من التصرف كيفما شاء وهي:-

١. الاستعمال : وهو استخدام الشيء فيما يتفق مع طبيعته للحصول على المنافع عدا الثمار، كمن يطالع كتابه.
٢. الاستغلال: وهو أن يقوم الإنسان بالأعمال اللازمة والضرورية للحصول على غلة ذلك الشيء الذي يملكه وثماره، كمن يستغل دارًا بتأجيرها.
٣. التصرف: وهو أن يقوم الإنسان بجميع التصرفات الجائزة حيث يمكن أن يكون التصرف ماديا، كاستهلاك الشيء، أو تصرفًا قانونيًا، كالبيع، وإن التصرف المادي هو الذي يميز حق الملكية عن غيره.

هذه خصائص الملكية التي تخول الإنسان التصرف في ماله إذا كان مالكا له، ولكن المثير في موضوع البحث الذي تناولته، أن الإنسان ما زال مالكا للمال، أي له حق الملكية، لكنه وعلى الرغم من ذلك يتقيد إما بالحجز القضائي، أو الحجز الإداري، أو الحجر الذي يرافق الإفلاس.

وعليه فماذا يمكن أن يعتبر فعله الذي يقوم به عندما يتصرف بالمال الذي يملكه، إذا كان مثقلا بأحد أنواع الدين أو الالتزامات التي ذكرتها؟.

سيتم بحث ذلك في بحثي الموضوع بين يديكم علما أن من مبرراته أيضا أنه لم يطرح بشكل مفصل وعريض، قاصدين بذلك خدمة الإسلام والأمة الإسلامية في بيان المواضيع التي يثار حولها الشك والريب في تحديد المباح من عدمه والله ولي التوفيق.

**الدراسات السابقة:**

**هناك دراسات سابقة تعرضت لهذا الموضوع بشكل أو بآخر ومنها ما يأتي:**

١ -نزلر عبد الكريم سلطان، آثار الإفلاس في شخص المدين، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الملك عبد العزيز، مكة المكرمة، ١٩٧٨م وفيها تحدث الباحث عن الإفلاس وأثره في شخص المدين من حيث تحديد التصرفات التي يقوم بها , ولم يوضح الباحث التصرفات التي لا يجوز للمفلس القيام بها , مما دفعني الى البحث عنها تفصيلاً .

٢ -خالد ابن سعود الرشود، الإفلاس في الفقه والنظام، بحث مقدم إلى كلية الحقوق ،جامعة المنصورة ،مجلة عدد ١٤ ، السنة الرابعة ،٢٠٠٢م وهو بحث واسع وشامل وضح فيه الكاتب بالتفصيل معنى الإفلاس وشروطه وأحكامه بين الشريعة والقانون , لم يذكر التصرفات التي تقع من المفلس اثناء فترة الريبة قبل وبعد إعلان الإفلاس .

٣ -عبد الغفار ابراهيم، الإفلاس في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه قيمة وواضحة تحدثت بشكل تفصيلي عن الإفلاس وآثاره في تصرفات المدين مع إجراء مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مطبعة السعادة، القاهرة،١٩٨٠م , لم يبين التصرفات الجائزة والباطلة التي يمكن أن تقع من المفلس في أمواله .

٤ -إبراهيم ابن محمد المانع، الحماية الجنائية للصلح الواقي من الإفلاس، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،السعودية ، ٢٠٠٢، وفيها ذكر الكاتب معنى الإفلاس ووضح الحماية الجنائية المترتبة على الصلح الواقي من الإفلاس والذي يقع بين الدائن والمدين , لم يحدد الباحث أحكام الإفلاس وأثره في تصرفات المفلس وحقوق الغرماء.

٥ -فهد يوسف الكساسبة، جرائم الإفلاس في القانون الأردني، رسالة ماجستير تبين الإفلاس وآثاره مقدمة إلى الجامعة الأردنية،١٩٩٠م وضحت هذه الرسالة الإفلاس والجرائم المرتكبة عندما يكون المدين مفلسا في نطاق القانون الأردني , لم يتطرق الى الجرائم التي تقع من المفلس بإعتدائه على أمواله .

٦ -محمد عبد الرزاق الطبطبائي، آثار الإفلاس في الفقه والنظام السعودي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء، السعودية، ١٩٩٥م تحدث فيه المؤلف عن الإفلاس وآثاره وأحكامه في الشريعة والقانون ولكنه لم يتحدث عن جرائم الإفلاس , في أموال المفلس و أموال الغير .

٧ - اسعد عبدالعزيز المرشد، الإفلاس التجاري بين الشريعة والقانون، بحث مقدم إلى معهد الإدارة العامة، مكة ، ١٩٨٦م بحث تحدث فيه عن الصلح الواقي من الإفلاس ول يتحدث عن الحماية الجنائية , وأثار الإفلاس في تصرفات المفلس .

٨ -حسين محروس عبدالجواد، إفلاس الشركات التجارية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ٢٠٠٦م رسالة تحدث فيها عن الإفلاس وأنواعه شرعًا وقانونًا ووضح شروط الإفلاس الشكلية والموضوعية مع مقارنتها بالقانون الوضعي وآثار الإفلاس في تصرفات الشركات المالية , ولم توضح الدراسة أثار الإفلاس في تصرفات المدين المالية وأثرها على الدائنين .

**خطة البحث**

اشتمل هذا البحث على مقدمة، وثلاث فصول، وخاتمة، على النحو الأتي:

المقدمة:اشتملت على :مشكلة الدراسة ، وأهميتها، وأهدافها ،والدراسات السابقة، ومنهجيتها

**الفصل الأول : في مفهوم الإفلاس والحجر وشروطهما**

المبحث الأول: ماهية الإفلاس، التفليس، المفلس

المطلب الأول: تعريف الإفلاس، المفلس، التفليس

الفرع الأول: تعريف الإفلاس

الفرع الثاني: تعريف التفليس

المطلب الثاني: شروط التفليس

المبحث الثاني: ماهية الحجر

المطلب الأول: تعريف الحجر وشروطه

المطلب الثاني: الحكمة من الحجر وأنواعه

المبحث الثالث: الأحكام العامة للحجر

المطلب الأول: إجراءات الحجر شرعًا

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الحجر

**الفصل الثاني: المال المثقل بالديون والالتزامات المالية**

المبحث الأول: المال المثقل بالديون

المطلب الأول: تعريف الدين

المطلب الثاني: بيان مشروعية الدين

المبحث الثاني: أحكام الحجر وأثره في تصرفات المفلس

المبحث الثالث: المال المثقل بالالتزامات المالية

المطلب الأول : المال المثقل بالرهن

المطلب الثاني: المال المثقل بالكفالة

المطلب الثالث: المال المثقل بالحجز

**الفصل الثالث : التكييف الشرعي والقانوني لفعل المفلس بالاعتداء على المال المثقل بالديون ويشتمل على خمسة مباحث**

المبحث الأول: هل يمكن اعتبار تصرف المفلس جريمة سرقة وبحثها في الشريعة؟

المطلب الأول: ماهية السرقة

المطلب الثاني: أركان السرقة

# الفصل الأول

# في مفهوم الإفلاس والحجر وشروطهما

## المبحث الأول

## ماهية الإفلاس، التفليس، المفلس

**يقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:**

### المطلب الأول : تعريف الإفلاس، التفليس، المفلس

#### الفرع الأول: تعريف الإفلاس

**أولاً : الإفلاس لغة**

هو مصدر أفلس، تقول: أفلس الرجل (يفلس، إفلاساً).

صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، كما يقال البن الرجل إذا صار ذا لبن.

وقالوا: أفلس الرجل، كأنه صار إلى حال ليس له فلوس(١).

**ثانيا: الإفلاس اصطلاحا:**

عرف الفقهاء الإفلاس بتعريفات مختلفة:

الحنفية لم يكن لهم تعريف واضح ولكن يفهم من عباراتهم أن:

الإفلاس: هو أن يكون الشخص ممتنعاً من أداء دينه سواء كان موسراً أم مسعراً(٢).

وذكر المالكية: إن الإفلاس في الشرع يطلق على معنيين(٣):

الأول: أن لا يكون في مال المدين الوفاء بديونه بأن يستغرق الدين ماله.

الثاني: أن لا يكون له مال معلوم.

وعرفه الشافعية فقالوا: الإفلاس أن يكون الشخص بحالة لا يفي ماله بدينه(٤).

---

(١) الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام هارون، ط٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٩١هـ، ٤٥١/٤.

(٢) الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، الحنفي، فتح القدير مع تكملته نتائج الأفكار، طبعة دار إحياء التراث الضعربي، ٢٠٥/٨.

(٣) أبو الوليد، محمد بن أحمد بن رشد الأندلسي القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، نشر مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٩هـ، ٣٠٦/٢.

(٤) شهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، طبعة المطبعة الميمنية، ١٣١٥هـ، ١١٩/٥.

وعرفه الحنابلة فقالوا: الإفلاس أن يكون الشخص بحالة دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله[١].

وعلى هذا يمكن القول بأن رأي أكثر الفقهاء، أن الإفلاس هو أن يزيد دين المدين على ماله فإن ساوى الدين المال فقد اعتبره المالكية والحنفية إفلاساً أيضاً، وانفرد الحنفية فجعلوا الإفلاس عاماً في حالة الإعسار واليسار ما دام الشخص ممتنعاً عن الأداء.

وبناءاً على ما تقدم فإن المفلس هو:

من كان دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله[٢]، فهو من لا يفي ماله بدينه[٣].

وقد ذكر فقهاء الحنفية المفلس: هو الذي يملك مالاً أقل مما عليه من دين، أو كان مساوياً لدينه، أو كان غنياً فامتنع عن أداء ما عليه من دين[٤].

أما الجمهورفقد عرّفوا المفلس بالنظر إلى حقيقة إفلاسه، فقصروه على من لا يفي ماله بدينه، بينما عرفه الحنفية بالنظر إلى الأثر المترتب على الإفلاس وهو عدم الوفاء بالدين فتجاوزا حقيقة المفلس، حتى جعلوا حكمه منسحبا على من كان ماله مساويا لدينه وعلى الغني الممتنع عن الوفاء بدينه، أما الأول فلأن ماله عرضة للنقصان وبالتالي لعدم وفائه بدينه، وأما الثاني: فلأن حاله في عدم أداء الدين حال المفلس، فلا يلزم تخصيص المساءلة بمن هو مفلس حقيقة[٥].

فتعريف الحنفية للمفلس أعم من تعريف الجمهور، وهو المطابق لأحكام التفليس فإنها تعم كل ممتنع من أداء دينه سواء كان معسراً، أو غنياً، أو كان يُخاف من تبديد ماله مما يؤدي إلى ضياع حقوق الغرماء، أما الأول فلأنه ممتنعُ حُكماً، وأما الثاني فممتنع حقيقةً وتعريف الحنفية على هذا هو الأرجح.

---

(١) موفق الدين، أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المغني، نشر مطابع سجل العرب، القاهرة، ١٣٨٩هـ، ٣٠٦/٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣٠٦/٤. , النووي , روضة الطالبين ٣٩٠/٢., الدردير,الشرح الصغير,٢٠٣/١.

(٣) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ١١٩/٥.

(٤) علي حيدر، شرح مجلة الأحكام، ٦٤٦/٢. , الكاساني ,بدائع الصنائع,١٢٠/٣.

(٥) ابن الهمام، شرح فتح القدير، ٣٢٧/٧.

**رأي القانون:**

إن رأي القانون في الإفلاس لا يختلف عما جاءت به الشريعة الإسلامية الغراء وهو أن الإفلاس نظام قانوني يضم في نطاقه المدين الذي زادت ديونه على أمواله ويتولى هذا النظام حصر وإدارة أموال المدين والمحافظة عليها من تاريخ شهر إفلاسه إلى حين سداد ديونه وحماية دائنيه من التصرفات الضارة التي يقوم بها المدين[١].

وقد ذكرت المادة ٣١٦ تجارة أردني (... يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة.

والإفلاس في القانون: هو أن تكون حالة المدين من السوء غايتها بحيث تكون ديونه الحالة وحدها تزيد على أمواله، والديون غير المستحقة لا تدخل في هذا الحساب، في هذه الحالة يعتبر الدين مفلسا ويطبق عليه نظام الإفلاس[٢].

وقد ذكرت المادة ٢٧٠ من القانون المدني العراقي المفلس بأنه[٣]:

"المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله، إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقولة........[٤].

بعد أن أطلعنا على تعريف الشريعة للمفلس وبينا تعريف القانون للمفلس يتضح لنا أنه لا يوجد فرق بين النظامين الشرعي والقانوني من حين تعريف الإفلاس والمفلس.

---

(١) الزرقاء، مصطفى أحمد، شرح القانون المدني السوي، نظرية الالتزام العامة، الجزء الثاني، أحكام الالتزام في ذاته، ط١، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص١٦١.
(٢) د. علي حسني يونس، الإفلاس والصلح الواقي منه، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص٩٠.
(٣) المادة ٢٧٠ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ص٥٩.
(٤) تقابلها المادة ٣٧٥ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، ص١٠٥.

## الفرع الثاني: التفليس:

### أولا: في اللغة[1]:

التفليس: النداء على المفلس، وفلسه القاضي تفليسا نادى عليه وشهره بين الناس بأن صار مفلسا، والإفلاس مأخوذ من الفلوس التي هي أخس الأموال.

### ثانيا: في الاصطلاح[2]:

التفليس: جعل الحاكم المديون مفلسا بمنعه من التصرف في ماله.

### رأي القانون:

التفليس: هو صدور الحكم من القاضي بإفلاس المدين وإخضاعه لنظام التفليسة الخاص بالمدين المفلس من حيث حصر أموال المدين ورفع الأختام وجرد الأموال وإدارتها وتحقيق الديون ووفائها[3].

إن نظام التفليس في القانون لا يختلف من حيث المبدأ عن نظام التفليس في الشريعة الإسلامية إلا أنه تطور من حيث الإجراءات والكيفية التي يعمل بها حسب التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي انتقل بها المدين من نظام إلى آخر.

## المطلب الثاني: شروط التفليس

**شروط الحجر شرعاً:**

**يمكن أن نقسم شروط التفليس إلى أربعة أقسام:**

**القسم الأول: شروط الدين الذي يفلس به**

**يشترط في الدين الذي يفلس به ما يأتي:**

(أ) كون الدين لآدمي وبه قال متقدمو الشافعية فلا حجرعندهم بدين الله تعإلى ولو فوريًا[4]، وذلك لأن ديون الله تعإلى ليس وراءها مطالب من جهة العباد وبالتالي فلا أثر لها في الدنيا

---

(١) الزبيدي، تاج العروس، ٢١٠/٤.
(٢) القرطبي، بداية المجتهد، ٢٨٤/٢.
(٣) أيمن الشنطي، عامر شقر، مبادئ القانوني التجاري، دار البداية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٥، ص١٠٦.
(٤) أحمد بن شهاب الدين القليوبي، حاشية القليوبي، ٢٨٥/٢ .

حيث أنه لا يجبر ولا يحبس فكانت هذه الديون ملحقة بالعدم بالنسبة لأحكام الدنيا لعدم ظهور أثر لها وإنما اثرها في حق احكام الآخرة وهو الثواب بالاداء والإثم بالترك(١).

وفصل بعض متأخري الشافعية القول في اعتبار هذا الشرط وعدمه فنفوا اعتباره اذا كان الدين فوريًا لله تعالى تفريعاً على ثبوت المطالبة من معين فانه اذا انحصر المستحقون، حجر عليه لحقهم، كالزكاة إذا حال الحول وحضر المستحقون وكما لو كان المنذور له معيناً(٢) والمطالبه هي علة اشتراط هذا الشرط في الحجر بالدين وذلك لأنها دين الله تعالى الفوري فقد وجد الحكم وهو الحجر لأن الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدمًا، أما إذا كان دين الله تعالى غير فوري أي لا مطالب وراءه فلا حجر كالكفارة والنذر لغير معين .

(ب) كون الدين ثابتاً بطريق من طرق الاثبات، كالاقرار او البينة وهذا الشرط صرح به الحنفية(٣) والحنابلة(٤) والشافعية(٥).

(ج) كون الدين لازماً، فلا حجر في غير اللازم كالثمن في مدة الخيار(٦) وصرح بهذا الشرط الشافعية والحنابلة دون بقية الفقهاء.

(د) كون الدين حالاً،فلا حجر بالمؤجل، وأن لم يفِ المال به لأنه لا مطالبة به في الحال(٧) وبهذا قال المالكية(٨) والشافعية(٩) والحنابلة(١٠).

ومما ينبغي أن يذكر هنا هو أن اللخمي من المالكية استثنى حالة واحدة من هذا الشرط وهي ما إذا وفي ماله بالدين الحال وفضل منه مالا يوفي بما عليه من دين مؤجل فيفلس في هذه الحالة

---

(١) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، مصر، ٢٠٠٣م ٨/٢.
(٢) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، سنة ١٣٥٨هـ، ٣١١/٤.
(٣) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام ٦٤٤/٢، نظام الدين وآخرون، الفتاوي الهندية، دار الكتب العلمية،بيروت، ٢٠٠٠م، ٦٢/٥.
(٤) إبن قدامة، المغني، ٣٠٦/٤، البهوتي، كشاف القناع، ٤١١/٣.
(٥) الرملي، نهاية المحتاج، ٣١٥\٤.
(٦) إبن قدامة، المغني، ٣٠٦/٤، إبن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج، ١١٩/٥.
(٧) محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، دار الفكر للطباعة، بيروت، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م، ١٣٠/٤، محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلميّة، بيروت، ٢٦٥/٥. إبن قدامة، المغني، ٣٠٦/٤.
(٨) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، ٢٦٥/٣.
(٩) الشيخ الإمام أبي اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي، مطبعة عيسى البابي، مصر، ٣٢٠/١.
(١٠) إبن قدامة، المغني، ٣٠٦/٤، البهوتي، كشاف القناع، ٤١١/٣.

وعليه المذاهب مع أن الدّين الذي حجر به مؤجل ولم يبينوا علة ذلك[١] وقيل لا يحجر به لأنه دين دين مؤجل، وهو قول الماوردي[٢] وعليه جمهور الفقهاء كما تقدم.

اما الحنفية فإنهم لم يشترطوا هذا الشرط لأن إقامة الحجر عندهم تتوقف على ما إذا كان مال المدين مساويًا لحقوق الغرماء أو ناقصًا عنها مضافاً إلى ذلك خوف الغرماء من ضياع مال المدين إذا تصرف فيه بأي شكل من أشكال التصرف.[٣] أو أن يحكم بعجز المدين عن الكسب فيحكم بتعلق حق الغرماء في ماله[٤] وفي كلا الحالتين لا اثر لحلول الدين فيهما لذا لم يشترطوا الحلول لإقامة الحجر .

والحق اشتراط الحلول لإقامة الحجر لأنه لو لم يشترط لما كان هناك فائدة من التأجيل[٥] ثم أن أن المدين لم يستدن ألا وهو محتاج غالباً والحاجة مظنة استهلاك المال والدائن على علم بهذا فالحجر على المدين قبل حلول الآجل خلاف مقتضى العقد فلا يجوز.

(هـ) كون الدين زائدًا على ماله بمعنى أن ماله لا يفي بما عليه من ديون، وبه قال المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، وذلك لأنه لو كان له مال يفي بديونه لم تعد هناك حاجة بذلك إلى الحجر، لأن الحجر منع التصرف في المال حفاظاً على حقوق الغرماء إذا كان المال لا يفي بالحقوق، اما اذا كان وافيا بها فلا_ داعي للحجر بل يأمره الحاكم بقضاء دينه [٩].

والقائلون بالحجر بالدين من فقهاء الحنفية لا يشترطون هذا الشرط بل العبرة عندهم بامتناع المدين عن الوفاء سواء كان ذلك الامتناع عن عدم استطاعة لقصور ماله عن ذلك ام كان عن تعنت وعناد مع غناه فكلا الصنفين يطلقون عليه اسم المفلس وبالتالي فهو مستحق للحجر، وقالوا بل الحجر بسبب الدين إنما يفيد فائدة في حق الغني دون المفلس[١٠]

---

(١) الدردير، أحمد ,الشرح الصغير، مع بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٥، ٢٢٨/٣.

(٢) ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، طبعة دار الجيل، بيروت، ١٦٤/٢.

(٣) علي حيدر، شرح مجلة الاحكام، ٦٤٦/٢.

(٤) السرخسي، المبسوط، ٨٩/٢.

(٥) الشيرازي، المهذب، ٣٢٠/١.

(٦) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٦٥/٥، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٣٨/٣، الدردير، الشرح الصغير، ٢٢٨/٣.

(٧) الشيرازي، المهذب، ٣٢٠/١، النووي، روضة الطالبين، ١٣٠/٤.

(٨) إبن قدامة، المغني، ٣٢٨/٤.

(٩) إبن حجر، تحفة المحتاج، ١٢١/٥.

(١٠) إبن الهمام، فتح القدير، ٢٧٤\٩.

واعتبار هذا الشرط على ما ذهب اليه الجمهور هو الراجح، إذ أن الغني الممتنع عن الأداء له حكم آخر نصت عليه الشريعة الغراء في قوله عليه الصلاة والسلام: ( لي الواجد ظلم يحل عقوبته وعرضه)[١]، والمراد بعقوبته سجنه وبه قال أحمد[٢] فإن كان له مال يفي بديونه إلا أنه قد ظهرت عليه أمارات التفليس كأن زاد خرجه على دخله، فللشافعية في ذلك وجهان:

**أحدهما:** لا يحجر عليه بالدين لأنه ملئ كما لو لم تظهر عليه أمارات الفلس[٣] ولأنهم متمكنون من من مطالبته حالاً[٤] وهذا أصح الوجهين عند العراقيين من الشافعية.

**الثاني :** يحجر عليه لأنه اذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله، فذهب ودخل الضرر على الغرماء ولأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء بديونه، والحجر يجوز بالظاهر كالحجر على السفيه، لأن الظاهر من حاله التبذير، والإسراف: وإن كان يجوز أن لا يبذر[٥].

الوجه الثاني الذي اختاره الإمام جدير بالاختيارلأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما هو معلوم فلو لم يحجر عليه أدى الأمر إلى مفسدتين: الأولى: ضياع ماله: الثانية: دخول الضرر على الغرماء.

**القسم الثاني : شروط في المدين**

ذكر بعض العلماء شروطاً في المدين ليصح الحجر عليه:

١. كونه مماطلا أي ممتنعاً عن آداء الحق: وبه قال المالكية[٦] فلا حجر على غير المماطل لأنه اما ان يكون له مال فيؤدي، أو ليس له مال فينظر إلى ميسرة.

٢. كونه محكوماً عليه بالإفلاس: حتى أنه إذا حجر إبتداء قبل الحكم بإفلاسه لا يصح وهذا الشرط قال به بعض الحنفية[٧].

---

(١) حديث: لي الواجد..علقه البخاري ووصله أحمد وإسحاق في مسنديهما وأبو داؤد والنسائي أنظر فيض القدير، ٥/ ٤٠٠.

(٢) أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، ٦٢/٥.

(٣) الشيرازي، المهذب، ٣٢١/١، النووي، روضة الطالبين، ١٣٠/٤، أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، دار الفكر، بيروت، ٢٠٣/١٠.

(٤) إبن حجر، تحفة المحتاج، ١٢١/٥.

(٥) محي الدين أبو زكريا النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧م، ٢٨٠/١٣.

(٦) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٦٥/٥.

(٧) إبن الهمام، فتح القدير، ٢٠٥/٨.

بناء على تفريقهم بين التفليس والحجر فالحجر يبني على التفليس ويأتي بعده فالتفليس عند من قال بالحجر بالدين من الحنفية هو حكم بعجز المدين عن الكسب فهو كالمريض مرض الموت فتتعلق حقوق الغرماء في ماله[١]، بينما لا يفرق جمهور الفقهاء بين التفليس وبين الحجرفهما شيء واحد عندهم[٢].

**القسم الثالث : شروط في الدائن**

ويشترط في الدائن أن يكون طالباًالحجر[٣]:ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنه لا ولاية للحاكم في ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فأعتبر رضاهم.[٤]

اللهم إلا أن تكون الديون لمجانين، أو أطفال، أو محجورين بالسفه، وترك أولياؤهم سؤال القاضي الحجر؛ فإنه يجب على القاضي الحجر على غرمائهم من غير التماس، لأنه ناظر لمصلحتهم[٥].

ولو كان الغرماء جماعة كفى في إقامة الحجر طلب بعضهم دون البعض، ولو رفض البعض الحجر[٦]؛ ذلك لأن الحجر حق للطالب فلا يبطل بإسقاط غيره حقه كما لو وهب بعضهم دينه للمدين لم يلزم الآخرين أن يهبه دينه ايضًا[٧].

---

(١) السرخسي، المبسوط، ٨٩/٢٠، محمد أمين بن عمر عابدين، حاشية إبن عابدين (رد المختار على الدر المختار)، دار الفكر، ١٤١٥هـ / ١٩٩٤م، ١٥١/٦.

(٢) الدردير، الشرح الصغير، ٢٦٦/٣، الرافعي، فتح العزيز، ١٩٦/١٠، الرملي، نهاية المحتاج، ٣٠٠/٤.

(٣) الدسوقي ,ابن قدامة ، حاشية الدسوقي، ٢٣٨/٣.

(٤) إبن قدامة، المغني، ٣٢٩/٤.

(٥)الرافعي، فتح العزيز، ٢٠٠/١٠.

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٣٨/٣، الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٦٥\٥.

(٧) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة مالك بن أنس، دار السعادة، ط١، ١٣٣٢هـ، ٨٢/٥.

وهل للمفلس أن يوقع طلب التفليس على نفسه فينظر القاضي في هذا الطلب؟

اختلف الفقهاء في الجواب على هذا السؤال، فذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]،والشافعية[٣]، في أحد أقوالهم إلى أن المدين ليس له أن يطلب من الحاكم الحجر عليه، ولا يحجر الحاكم عليه إلا بطلب الغرماء لأن الحجر على المدين حق لهم، والحجر ينافي الحرية والرشد، وذهب الحنابلة إلى ذلك[٤].

إنما يحجر بطلب الغرماء للضرورة، وأنهم لن يتمكنوا من تحصيل مقصودهم إلا بالحجر خشية الضياع بخلاف المدين فإن غرضه الوفاء، ولا يطلب الحجر لأنه متمكن من بيع أمواله وقسمتها على غرمائه[٥].

وذهب الشافعية في الأصح عندهم إلى أن القاضي ينظر في طلب المفلس للحجر عليه، لأن للمفلس غرضًا ظاهرًا، وهو صرف ماله إلى ديونه[٦]، وقد روى أن الحجر على معاذ كان بطلبه[٧].

وما ذهب إليه الشافعية في الأصح عندهم هو الراجح والله أعلم، وذلك لأنه لم يطلب الحجر على نفسه إلا وله مصلحة تترتب على ذلك ،ودرء مفسدة هي اعظم من الحجر بأعتباره تقييداً لحرية التصرف .

وإذا كان الغرماء يجاب طلبهم للحجر على المدين لمصلحتهم فمن باب أولى أن يجاب طلب المدين للحجر على نفسه لمصلحته، ولمصلحتهم، فالمدين السخي الذي تعود على الإنفاق الكثير لا يمسك ماله ويحفظ حقوق الغرماء إلا الحجر عليه، والغرماء قد يستحيون منه، أو لا يعلمون بحاله فلا يطالبونه بحقوقهم فضلاً عن طلب الحجر عليه فيجاب إلى طلبه بالحجر عليه لأنه أدر بمصلحته ومصلحة غرمائه وما الشريعة إلا جلب للمصالح ودرء المفاسد.

---

(١) السرخسي، المبسوط، ٢٤/ ١٦٣.
(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٣٨/٣.
(٣) الرملي، نهاية المحتاج، ٣١٤/٤.
(٤) البهوتي، كشاف القناع، ٤١١/٣.
(٥) الرملي، نهاية المحتاج، ٣١٤/٤ .
(٦) الرافعي، فتح العزيز، ٢٠٠/١٠.
(٧) عن إبن كعب بن مالك عن أبيه رضي الله عنهما: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله وباعه بدين كان عليه"، رواه الدارقطاني، وصححه الحاكم، وأخرجه أبو داوود مرسلاً ورجح إرساله، الشيخ سيد سابق، فقه السنة، ج٣ ، ص ٥٦٧، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٣٩١هـ/ ١٩٧١م، ٢٧٦/٥.

**القسم الرابع :شرط في مقيم الحجر على المدين :**

**يشترط في مقيم الحجر :**

كونه حاكم[١]اً: وقد علل هذا الاشتراط بأن الحجر بالدين كان لمصلحة الغرماء؛ فيتوقف على طلبهم وذلك لا يتم إلا بقضاء القاضي له[٢].

## رأي القانون: شروط الحجر:

## الفرع الأول: شروط في المدين:

لابد من توافر شرطين اثنين في المدين المفلس [٣] حتى يكون معسراً من الناحية القانونية وهما.

وهما.

**أولاً: إعسار المدين:**

يعني هذا أن تكون أمواله غير كافية لسداد ديونه المستحقة الأداء وحدها فلو كانت أمواله كافية للوفاء بديونه المستحقة لا يجوز الإعسار والحجر عليه حتى ولو كانت هذه الأموال غير كافية للوفاء بجميع الديون الحالة والمؤجلة ولا يقال أن الديون المؤجلة تحل بالإعسار فإن الدين المؤجل لا يحل إلا بشهر الإعسار.

والمدين إما أن يكون غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره.

وإما أن يكون معسراً قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره[٤].

ثانيا- أن يصدر حكم من القاضي بشهر إعسار المدين، وهو أمر جوازي يقضي به القاضي بناء على الظروف العامة التي أعسر بها المدين، وكذلك الظروف الشخصية[٥].

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٣٧/٣.

(٢)السرخسي، المبسوط، ١٦٤/٢٤، الشيخ عبد المحسن الزامل، شرح بلوغ المرام، كتاب الحجر والمفلس بالدين، ج٤/ ٢٨١.

(٣) عيد، إدوار، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع، بيروت، لبنان مطبعة باخوس وشرتوني، ج١، ص١٠.

(٤) استئناف أهلي ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢، المجموعة الرسمية ١٤رقم ١٩-، ص ٣٥، للمزيدمن التفاصيل أنظر السنهوري، مصادر الالتزام، ص ١٠٢٨.

(٥) د. طه، مصطفى كمال، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت- لبنان، ط١٩٨٠، ص ٣٣٥.

وقد يكون من طلب شهر الإعسار هو المدين نفسه أو الدائن وكل من يطلب شهر الإعسار يقع عليه عبء إثبات أن جميع أموال المدين لا تفي بديونه المستحقة وقت الطلب.

وفي حالة توافر عارض من عوارض الأهلية مثل الصغر والجنون والعته والسفه فإن المدين يعتبر محجوراً لذاته ولا حاجة لصدور حكم بالحجر عليه[1].

وقد ذكرت المادة ٢٧١ مدني عراقي على أنه:

"١- يكون الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناء على طلب أحد الدائنين.

١ -ويجوز لأي دائن بمقتضى هذا الحكم أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار بحجز جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير عدا الأموال التي لا يجوز حجزها ويبقى الحجز على أموال المدين قائماً لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر.

ويقام المدين نفسه حارساً على أمواله المحجوز عليها إلا إذا قضت الضرورة بغير ذلك"[2].

---

(١) المادة (١٢٧) مدني أردني، ص٥٢، تقابلها المادة (٩٤) مدني عراقي ،ص٢٨.
(٢) تقابلها المادة (٣٦٧) مدني أردني، ص١٠٥

**الفرع الثاني- شروط الدين الذي يفلس من أجله:**

**١- تجارية الدين:**

لكي يعتبر المدين التاجر متوقفا عن دفع ديونه، يجب أن يكون الدين الذي توقف التاجر عن دفعه ذا صفة تجارية.

وقد أقر المشرع الأردني صراحة هذا الشرط، حيث نصت المادة ٣١٦ تجارة أردني على أنه "يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية،... وأكدت محكمة التمييز الأردنية هذا الشرط حيث ذهبت في قرار لها[١] إلى "إن ما ينبني على المادة ١/٩ من قانون التجارة التي اعتبرت الشركات التجارية من التجار، إن حكم المادة ٣١٦ من ذات القانون ينطبق على الشركة التجارية بحيث يجوز إشهار إفلاسها إذا توقفت عن دفع ديونها التجارية".

**٢- خلو الدين من النزاع في وجوده ومقداره وتاريخ استحقاقه:**

الإفلاس بما يرتبه من آثار طريق للتنفيذ على أموال التاجر المدين، ولا يمكن اللجوء إلى التنفيذ على أموال التاجر المدين إلا إذا كان الدين الذي توقف عن دفعه والمستند إليه طلب شهر الإفلاس خاليا من النزاع من حيث وجوده أو مقداره أو استحقاقه، كما هو الحال بالنسبة لطرق التنفيذ العادية[٢].

٣- كيفية تعيين تاريخ التوقف عن الدفع:

إن تعيين تاريخ توقف التاجر عن دفع ديونه له أهمية كبيرة في تحديد تاريخ بدء فترة الريبة، فمنذ تاريخ توقف التاجر المدين عن الدفع، الذي تعينه المحكمة، تبطل تصرفاته الصادرة بعد هذا التاريخ، أما تصرفاته السابقة على هذا التاريخ تخرج عن نطاق فترة الريبة، ولا تخضع لدعوى بطلان تصرفات المدين المفلس خلال فترة الريبة[٣].

---

(١) تمييز حقوق رقم ٨٦/٤٣١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ١٩٨٩، ص١٩٦٢.
(٢) سمير الأمين، الإفلاس، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ١٩٩٢، ص٢٩.
(٣) راشد فهيم، الإفلاس والصلح الواقي منه، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠، ص٢٨-٢٩.

من خلال ما سبق من ذكر لشروط التفليس في الشريعة والقانون، نلاحظ أن الاتفاق قائم بين كلا النظامين في معاملة المدين المفلس وأن تغيرت بعض النقاط، والإجراءات فيما يخص النظام القانوني، وهذا تغير ملحوظ حسب التطورات التي رافقت المدين منذ لحظة نشوء الخليقة إلى يومنا هذا، ولكن الإطار العام متشابه بين كلا النظامي وذلك لأن الأساس هو نظام الشريعة الإسلامية، والذي استمد القانون منه كل إضافة جملةً وتفصيلاً.

## المبحث الثاني

## في ماهية الحجر

### المطلب الأول- تعريف الحجر ومشروعيته:

### الفرع الأول- تعريف الحجر:

### أولا- في اللغة[1]:

الحجر بفتح المهملة: مصدر حجر عليه القاضي، يحجر حجراً إذا منعه من التصرف في ماله، ومنه حجر القاضي على الصغير والسفيه إذا منعهما من التصرف في مالهما، وسُمي الحرامُ حجراً، قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا ﴾[2] أي حراماً محرماً.

والحجر بالكسر: العقل واللب لإمساكه ومنعه وإحاطته بالتمييز، قَالَ تَعَالَى: ﴿ هَلْ فِي ذَٰلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾[3] أي ذي عقل، لأن العقل يمنع صاحب من ارتكاب ما يقبح وتضرعا منبته.

والحجر: حطيم مكة وسمي حجر البيت حجراً، لأنه يمنع من الطواف به وقد قطع من الكعبة، والحجر: منازل ثمود ناحية الشام عند وادي القرى قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَقَدْ كَذَّبَ أَصْحَابُ الْحِجْرِ الْمُرْسَلِينَ ﴾[4] وحجر الإنسان حضنه وهو في حجره، أي: كنفه وحمايته والجمع حجور.

### ثانيا- في الاصطلاح الشرعي:

وردت عدة تعاريف للحجر عند الفقهاء وهي متقاربة:

**أ- الحنفية:**

الحجر: "عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه"[5].

يتبين لنا من خلال التعريف أن الحجر يؤثر في التصرفات القولية والعقلية، والقول كالفعل لا يمكن رده بذاته بعد وقوعه، بل الممكن هو رد حكمه.

---

(١) الفيومي المقرئ، المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط١٤١٧هـ ١٩٩٦م، ص٦٧.
(٢) الفرقان: ٢٢.
(٣) الفجر: ٥.
(٤) الحجر: ٨٠.
(٥) السرخسي، المبسوط، ١٧٥/٢٤، الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، ٩٤/٢.

وعرفه الحنفية أيضاً بقولهم: "هو المنع من نفاذ تصرف قولي لا فعلي" وتكمن أهمية هذا التعريف في أنه لا حجر في الأفعال.

**ب- المالكية:**

الحجر: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بزائد على ثلث ماله[١].

نلاحظ من خلال التعريف:

أنه دخل بقوله "فيما زاد على قوته" حجر الصبي والمجنون والسفيه والمفلس والرقيق، فيمنعون من التصرف في الزائد على القوت ولو كان التصرف غير تبرع كالبيع والشراء.

ودخل بقوله "أو تبرعه بزائد على ثلث ماله"، حجر المريض والزوجة فلا يمنعان من التصرف إذا كان غير تبرعا وكان بثلث مالهما، وأما بترعهما بما يزيد على ثلث مالهما فيمنعان منه.

**جـ- الشافعية:**

الحجر: المنع من التصرفات المالية.

وورد أيضا: منع من تصرف خاص بسبب خاص[٢].

**د- الحنابلة:**

الحجر: "منع الإنسان من التصرف في ماله" والمنع يكون عن طريقين[٣]:

أحدهما: من قبل الشرع كمنع الصغير والسفيه والمجنون من التصرف.

والثاني: من قبل الحاكم كمنع المشتري من التصرف في ماله الموجود حتى يقضي الثمن الحال.

---

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٩٢/٣.
(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ١٦٥/٢.
(٣) ابن قدامة، المغني، ٤٥٥/٤.

**الفرع الثاني- مشروعية الحجر:**

الحجر مشروع في الكتاب الكريم والسنة الشريفة والإجماع.

**أولا- القرآن الكريم:**

قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا ﴾ (١).

وجه الدلالة:

أمرت الآية الكريمة باختبار اليتامى بقوله تعالى: "وابتلوا" والابتلاء: الاختبار، ويتم اختبارهم بعد بلوغهم بأن يدفع لهم شيء من أموالهم لمعرفة مدى قدرتهم على حسن التصرف، فإن تأكد الوصي بأن اليتيم أصبح رشيداً، انفك الحجر عنه فيُسلَّم أمواله ليتصرف فيها، وفي هذا حفظُ لأموال اليتامى خوفا من ضياعها وتبذيرها(٢).

**ثانيا- السنة النبوية:**

عن عروة بن الزبير –رضي الله عنه- قال: إبتاع عبد الله بن جعفر بيعاً فقال علي –رضي الله عنه- لآتين عثمان –رضي الله عنه- فلا حجرن عليك، فعلم ذلك ابن جعفر الزبير فقال: أنا شريكك في بيعتك، فأتى عثمان –رضي الله عنه- قال: تعال: أحجر على هذا، فقال الزبير أنا شريكه، فقال عثمان –رضي الله عنه-: "أحجر على رجل شريكه الزبير"(٣).

**ثالثا: الإجماع:**

أجمع علماء الأمة على إيقاع الحجر على المدين المفلس حفاظاً على حقوق الغرماء.

---

(١) النساء: ٦.

(٢) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، ٤٥٢/١.

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٦٧/٥.

## المطلب الثاني: الحكمة من تشريع الحجر وأنواعه.

### الفرع الأول- الحكمة من تشريع الحجر في الإسلام(١):

١ - فرضت الشريعة الإسلامية على الكبير أن يمد يد العون للصغير عن طريق تولي أمره وحفظ أمواله، وكلف الله الحاكم أن يختار للصغير من يقوم بأمر رعايته، والنظر في مصلحته والعمل على تنمية أمواله.

٢ - في الحجر مصلحة للفرد والمجتمع به تدفع غائلة الضرر، وهو شفقة الله تعالى على خلقه، وهذه الشفقة هي أحد قطبي أمر الدين، فالفرد العاجز عن التصرف في ماله، يقيض الله له مسلما أمنيا يرعى شؤونه حتى لا يخرج الفرد القاصر عالة على المجتمع من جراء تبديد أمواله.

٣ - في تشريع الحجر مصلحة للأمة الإسلامية لأنه يوصد أبواب العوز والفقر والمذلة، وبه يحفظ المال وينفق منه بقدر وبوجه مشروع لأنه عصب الحياة وبه تحفظ الحقوق لأصحابها.

٤ - في تشريع الحجر على المدين المفلس إنقاذ لنفس المدين من الهلكة والعبث المادي بسبب تراكم الديون عليه، وفيه دعوة إلى تقنين التعامل المادي مع النفس والمجتمع.

٥ - في تشريع الحجر على المدين المفلس حفظ لحقوق الدائنين، وأموالهم من الضياع، دفعا للضرر عنهم، حتى لا تجف منابع الخير في الناس، ولا ينفر إنسان من مساعدة غيره مساعدة مادية ينقذه من مشاكل لها آثارها السلبية السيئة(٢).

### الفرع الثاني- أنواع الحجر:

يتنوع الحجر بحسب المصلحة المقصودة منه إلى نوعين(٣):

**النوع الأول:** حجر لمصلحة الشخص نفسه والمحجور عليه لحق نفسه ثلاثة:

الصبي، والمجنون، وألحق به النائم فإن تصرفه باطل، والسفيه وألحق به السكران، فالحجر عليهم لفائدتهم ومصلحة أنفسهم.

**النوع الثاني:** حجر الإنسان لحق غيره قصداً كالحجر على المدين المفلس لحق العزماء، وعلى المريض خوفا من التبرع بشيء لوارث حفظا لحق الورثة أو التبرع بزيادة على ثلث ماله،

---

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤١٤/٥.

(٢) د. محمد أحمد القضاة، الحجر على المدين المفلس في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم من مجلة دراسات الإسلامية، العدد الرابع، ١٩٩٠، ص٢٠٤.

(٣) البهوتي، كشاف القناع، ٤٠٤/٣.

وعلى الراهن في الرهن لحق المرتهن في المرهون، وعلى المرتد لمصلحة المسلمين، فالحجر على هؤلاء لمصلحة الغير خوفاً من ضياع حقوقهم[١].

## رأي القانون:

قد ذكرنا عند بدء دراستنا بأن بحثنا بقتصر على دراسة موضحة شرعاً وقانوناً بين كل من القانون الأردني والقانون العراقي لذا فإن مناقشة الحجر سيكون وفقاً لهذين القانونين.

**أولا: القانون الأردني:**

قد نصت المادة ٣٧٥ من القانون الأردني المدني على ما يأتي:

"يجوز الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالية على ماله"[٢].

كما بينت المادة ٣٧٦ أحكام الحجر ولا يتحقق إلا بحكم تصدره المحكمة سواءً على طلب المدين نفسه أم أحد الدائنين وكما يأتي:

١ - يكون الحجر بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين بناءً على طلب المدين نفسه أو أحد الدائنين وتنظر الدعوى على وجه السرعة.

٢ - ويجوز لأي دائن أن يحصل بمقتضى حكم الحجر على أمر من رئيس دائرة الإجراء بحجر جميع أموال المدين قائماً لمصلحة الدائنين حتى ينتهي الحجر.

إن القانون الأردني قد تناول في المواد (٣٧٥-٣٨٦) الحجر تفصيلاً مبيناً تعريفه وأحكام وحالات انتهائه وكيفية بيع أموال المدين التي تقع تحت الحجر ضمانًا لدائنيه.

وسنوضح لاحقاً أحكام الحجر وفقاً للقانون المدني الأردني:

---

(١) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤١٦/٥.

(٢) المحامي محمد أبو بكر ، القانون المدني الأردني، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، ص١٠٥ .

**ثانياً: القانون العراقي:**

قد ذكرت المواد (٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٨) من القانون المدني العراقي الحجر وأحكامه وشروطه وكيفية بيع أموال المدين التي تقع تحت طائلة الحجر وما هي حالات إنتهاء الحجر[1].

فمثلا ذكرت المادة ٢٧٠ من القانون "المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الآداء أزيد من ماله إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره، وكان خوفهم مبنياً على أسباب معقوله، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين لآخر حجرته المحكمة".

بينت هذه المادة المدين المفلس وفقاً للقانون العراقي وهو من يكون دينه المستحق وليس المؤجل أكثر من ماله، ويترتب على ذلك أن الدائنين يطلبون الحجر على المدين أو حتى على تصرفاته كالإقرار بدين لآخر، وكان طلبهم خوفًا من تصرفاته مبني على أسباب معقولة.

كذلك تناول القانون العراقي أحكام الحجر في تحديد نفقة المدين في حالة صدور قرار الحجر ضده ونصت على ذللك المادة ٢٧٢ بقولها:

"ينفق على المدين المحجور وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله، فإذا أوقع الدائنون الحجز على إيرادته كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمحجور بناءً على عريضة يقدمها لنفقة يتقاضاها من إيرداته المحجورة".

وسنوضح لاحقاً ما تناوله القانون العراقي كل مادةً في محلها وموضعها.

إن تعريف القانون للحجر والمدين المفلس لا يختلف عما جاءت به الشريعة الغراء من تعاريف في أن المفلس هو من زادت ديونه على أمواله ويمكن لدائنيه أو من له مصلحة في أموال المدين الطلب من القضاء بالحجر عليه لإعلان إفلاسه ليتسنى لغرمائه الحصول على ديونهم ومنعه من التصرف في أمواله حفاظا على حقوقهم.

---

(١) السامرائي، كامل القانون المدني العراقي، رقم ٤٠ ، لسنة ١٩٥١، ص٥٩-٦٠-٦١.

## المبحث الثالث

## كيفية الحجر (إجراءات الحجر على المدين)

### إجراءات الحجر شرعاً:

قد اختلفت إجراءات الحجر باختلاف المذاهب وسوف نوضحها بشكل موجز:

**الرأي الأول:**

لا يحجر على المدين بسبب الدين، ولو زادت ديونه على أمواله وطلب غرماؤه الحجر عليه، لأن في الحجر إهدارًا لأدميته، وإذا طلب غرماؤه حبسه، حُبس حتى يبيع ماله لقضاء دينه، وبه أخذ أبو حنيفة وكما يأتي:

جاء في الهداية «قال أبو حنيفة لا حجر في الدين، وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه، لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص، فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم، ولكن يحبسه أبداً حتى يبيعه في دينه، إيفاء لحق الغرماء ودفعاً لظلمه>>[١].

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا طلب غرماء المفلس الحجرعليه حجر

القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسمه بين غرمائه الحصص فإن أقر في حال الحجر بإقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون[٢].

أدلة أبي حنيفة في ذلك هو ما يترتب على الحجر :

١. منعه من التصرف في ماله:إن المنع المقصود في المال مقصور على مال المدين الذي كان موجوداً وقت الحجر ولا يؤثر في المال الذي يتملكه المدين بعد الحجر.

وهذا بخلاف الحجر للسفه، فإنه يؤثر في المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده، لأن الفرق بينهما أن الحجر على المدين يكون لحق الغرماء.

أما الحجر على السفيه فيكون لحق نفسه وبهذا فإن الحجر يكون على كل ماله ما وجد وما سيكون.

---

(١) الرشداني المرغيناني ، أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي،ج٢، ص٢٨١.

(٢)السرخسي,المبسوط, ٢٥١/٢.

والحجر للدين يؤثر في كل التصرفات المؤدية إلى إبطال حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر فالحجر للدين إذن نسبي في آثاره فيما يتعلق بالمال الذي عليه الحجر والدائنين الذين ينتفعون بالحجر. وهذا على رأي الصاحبين[١].

٢. بيع مال المدين وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة والبائع أسوة الغرماء: يباع مال المدين عليه، ويقسم ثمنه بين الغرماء.

ويبدأ بالمنقول ثم العقار ولكن يترك للمدين لباسه الضروري وبيت سكن وينفق عليه وعلى من تلزمه نفقته في مدة الحجر من ماله، وهذا القول عند الصاحبين.

أما أبو حنيفة فكما يمنع الحجر على المدين، فإنه لا يجيز بيع ماله.

**الرأي الثاني:**

ويعود لأتباع المذهب المالكي، وهذا المذهب قد ذكر عدة أحوال مضمونها ما هو آت:

(الْحَالَةُ الْأُولَى): مَا قَبْلَ التَّفْلِيسِ أَشَارَ إلَيْهَا الشَّيْخُ خَلِيلٌ بِقَوْلِهِ لِلْغَرِيمِ مَنْعُ مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ ثُمَّ ذَكَرَ فُرُوعَ هَذِهِ الْحَالَةِ كَمَا ذَكَرَهَا ابْنُ رُشْدٍ فِي قَوْلِهِ مِنْ تَبَرُّعِهِ وَسَفَرِهِ إنْ حَلَّ بِغَيْبَةٍ وَإِعْطَاءِ غَيْرِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ أَوْ كُلِّ مَا بِيَدِهِ إلى آخِرِ مَا ذَكَرَ .

(الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ): تَفْلِيسٌ عَامٌّ وَهُوَ الْمُشَارُ إلَيْهِ بِقَوْلِهِ وَفَلَسٌ حَضَرَ أَوْ غَابَ إنْ لَمْ يُعْلَمْ مَلَاؤُهُ بِطَلَبِهِ وَإِنْ أَبَى غَيْرُهُ دَيْنًا حَلَّ زَادَ عَلَى مَالِهِ أَوْ بَقِيَ مَا لَا يَفِي بِالْمُؤَجَّلِ فَمُنِعَ مِنْ تَصَرُّفٍ مَالِيٍّ فَقَوْلُهُ بِطَلَبِهِ دَيْنًا حَلَّ أَيْ بِطَلَبِ الْغَرِيمِ أَوْ بِطَلَبِ الْمَدِينِ دَيْنًا حَلَّ هُوَ مَعْنَى قَوْلِ ابْنِ رُشْدٍ هُوَ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ غُرَمَاؤُهُ فَيَسْجُنُوهُ أَوْ يَقُومُوا عَلَيْهِ فَيَسْتَتِرُ عَنْهُمْ فَلَا يَجِدُوهُ .

(الْحَالَةُ الثَّالِثَةُ): تَفْلِيسٌ خَاصٌّ وَهُوَ الْمُشَارُ إلَيْهِ بِقَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ كَتَفْلِيسِ الْحَاكِمِ أَيْ كَخَلْعِهِ مَالَ الْمَدِينِ لِغُرَمَائِهِ وَهَذَا هُوَ التَّفْلِيسُ الْخَاصُّ وَقَدْ عَرَّفَهُ ابْنُ عَرَفَةَ بِأَنَّهُ الْحُكْمُ بِالْخَلْعِ لَا نَفْسُ خَلْعِ الْمَالِ وَعَلَى هَذَا فَيُقَالُ فِي شَرْحِ قَوْلِ الشَّيْخِ خَلِيلٍ كَتَفْلِيسِ الْحَاكِمِ أَيْ كَحُكْمِهِ بِخَلْعِ الْمَالِ [٢].

الحالة الأولى والثانية لا تحتاج إلى حكم القاضي، فهما أشبه بالدعوى البوليصية قانوناً والمبتكرة أصلاً من الفقه الغربي.

أما الحالة الثالثة: حالة التفليس الخاص تقابل فكرة شهر إعسار المدين.

---

(١) الشافعي، كتاب الأم، ٩١/٢.
(٢) محمد بن أحمد الفاسي، شرح ميارة، فصل في النفس، ٤٧٤/٣.

وقد أخذ بهذا الرأي المالكية ووضعوا شروطاً للحجر وهو ما يقابل عندهم التفليس الخاص وكما يأتي[١]:

١. أن يحيط الدين بمال المدين، وأن يحل الدين كلاً أو بعضاً فلا يفلس من لم يحل عليه شيئاً، وأن يزيد الدين الحال على مال المدين الذي يكون موجوداً في يده، ولا يفلس في الديون المؤجلة.
٢. أن يماطل المدين بالدين بعد حلول الأجل، ووجب الدفع عليه، فإن دفع للدائنين جميع ما يوجد لديه لم يهتم بإبقاء شيء لم يفلس هذا التفليس الخاص.
٣. أن يرفع الدائنون كلهم أو بعضهم أمر المدين إلى الحاكم، ليحكم بتفليسه والحجر عليه، ولو أتى تفليسه بعض الدائنين وطلب البعض الآخر تفليسه، فإنه يفلس لحق من طلب من الدائنين التفليس سواء كان الدين الحال كله لطالب تفليسه أو بعضه له وبعض لغيره من الدائنين الذين لم يطلبوا التفليس، خلافاً لما قيل من أن المدين لا يفلس إلا إذا كان الدين الحال لطالب التفليس زائداً على مال المدين[٢].

وخلاصة رأيهم أنه يحجر على المدين المفلس في حال طلب الغرماء من الحاكم ذلك حفاضًا على حقوقهم، مما يترتب على ذلك جملة من الآثار:

١. الحجر على المدين ومنعه من التصرف في ماله الموجود وقت الحجر، سواءًا كان تصرفه في ماله تبرعًا أو معاوضةً[٣].
**٢.** بيع مال المدين، وقسمة الثمن بين الغرماء بالمحاصة، دون الحاجة إلى حكم من الحاكم إذا ما تم إقتسام الغرماء للمال المحجور.
**٣.** حلول الديون المؤجلة في حال إفلاس المدين أو موته.
**٤.** إسترداد من باع عينًا للمدين ولم يقبض ثمنها[٤].

---

(١) الخرشي، شرح مختصر خليل، ٤/ ٤٨٤.
(٢) محمد بن أحمد الفاسي، شرح ميّارة، فصل في النفس، دار الكتب العلميّة، ٢٠٠٠م، ٣/ ٤٧٤.
(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٢٦٦.
(٤) الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مطبعة محمد علي صبيح، مصر، ١٣٥٤هـ - ١٩٣٥م، ٢ / ١٠١.

**الرأي الثالث :**

وهو رأي الشافعية حيث بين أنه: إذا كان للمدين ديون حالة وكانت أمواله تفي بهذه الديون، فلا يحجر عليه. إذا كانت له ديون مؤجلة لأن الأجل يمنع المطالبة بالدين لعدم حلول موعده.

فإذا كان مال المدين لا يكفي للوفاء بديونه الحالة، رفعه الغرماء إلى الحاكم، وحجر عليه. وإن كان ماله يكفي للوفاء بديونه الحالة ولكن ظهرت عليه إمارة التفليس بأن زاد صرفه وخرجه على دخله ففيه قولان:

**القول الأول:** لا يحجر عليه لأنه مليء بالدين.

**القول الثاني:** يحجر عليه لأنه إذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء.

والمستحق أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله، فلا يعاملوه إلا على بصيرة[(١)].

بهذا الرأي أخذ الإمام الشافعي ودليله في ذلك ما يأتي:

ما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين فكلم النبي صاى الله عليه وسلم غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صاى الله عليه وسلم، فباع لهم رسول الله صاى الله عليه وسلم ماله، حتى قام معاذ بغير شيء[(٢)].

ما يترتب على الحجر عند الإمام الشافعي رضي الله عنه ونصه ما يأتي:

---

(١) الشيرازي، شرح المهذب للإمام ابن زكريا محي الدين بن شرف النووي، الجزء الثاني عشر، حققه محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٥(٣٢٠،٣٢١/١).

(٢) حديث صحيح، أخرجه البيهقي، في باب الحجر على المفلس وبيع ماله في ديونه، من كتاب التفليس، السنن الكبرى، ٤٨/٦، وعبد الرزاق في باب المفلس ، والمحجور عليه، من كتاب البيوع، المصنف،٢٦٨/٨ ، والحاكم في باب إن معاذا كان أمة قانتاً لله، من كتاب معرفة الصحابة، المستدرك، ٢٧٣/٣.

**جاء في المنهاج للنووي:**

«فإذا حجر تعلق حق الغرماء بماله، وأشهد على حجره ليحذر، ولو باع أو وهب أو أعتق ففي قول يوقف تصرفه فإن فضل ذلك عن الدين نفذوا الإلغاء، والأظهر بطلانه فلو باع ماله لغرمائه بدينهم بطل في الأصح، ولو باع مَسلماً أو اشترى في الذمة، فالصحيح صحته ويثبت في ذمته.

ولو أقر بعين أو دين وجب قبل الحجر، فالأظهر قبوله في حق الغرماء.

وإن أسند وجوبه إلى ما بعد الحجر بمعاملة أو مطلقاً لم يقبل في حقهم.

وإن قال عن جناية قبل في الأصح.

والأصح تعدى الحجر إلى ما حدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء إن حد معناه»[(١)].

**وجاء في المهذب:**

«وإن كان في الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ولم يتعلق به حق غيره، فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله.

لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صاى الله عليه وسلم قال: «من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها، فهو أحق بها من غيره»[(٢)].

رواه أبو داود وابن ماجة من رواية عمر بن خلدة[(٣)].

**وأما آثار هذا الرأي فهي على النحو الآتي:**

١. يمنع المدين من التصرف في ماله.
٢. يباع ماله عليه ويقسم الثمن بين الغرماء بالمحاصة ولا تحل ديونه المؤجله.
٣. يسترد ما انباع عينًا للمدين ولم يقبض ثمنها وذلك على النحو الذي أشرنا إليه بشيءٍ من التفصيل فيما سبق.

---

(١) الخطيب، محمد الشربيني انظر في ذلك مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المكتبة التجارية، القاهرة، بدون سنة طبع، (٢ /١٤٧-١٤٩).
(٢) الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ١/ ٣٢٢ .
(٣) سبق تخريج الحديث.

**الرأي الرابع: ويعود للمذهب الحنبلي**

ومفاد هذا الرأي يكون الحجر على المدين في حالة لزوم الأنسان الديون بحيث لا يستطيع الوفاء بها وطلب غرماؤه من الحاكم الحجر عليه، لزم اجابتهم والحجر عليه، وبهذا الرأي أخذ الإمام أحمد بن حنبل.

**جاء في الشرح الكبير على متن المقنع:**

«ويستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه لتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم، ويشهد عليه لينتشر ذلك، وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان»[(١)].

**تحرير المسألة:**

إن ما ذكر في النص هو استحباب إعلان الحجر وإشهاد الناس على ذلك، الغاية من ذلك هو أن يتجنب الناس المعاملة معه ببيع أو شراء أو أي تصرف آخر حفاظاً على أموالهم من الضياع وبمجرد إعلان الحجر.

وإن مات الحاكم لا يحتاج إلى حجر ثانٍ وذلك لوجود الإعلان والإشهاد في المرة الأولى للحجر.

وبذلك يظهر لنا أنه يترتب على الحجر عند أصحاب هذا المذهب بعض الآثار التي نحددها في النقاط الآتية:

١. منع المدين من التصرف في ماله.
٢. بيع ماله عليه، وقسمة ثمنه بين الغرماء، ولا تحل الديون المؤجلة.
٣. استرداد من باع عينًا للمدين، ولم يقبض ثمنها[(٢)].

---

(١) حدثنا احمد بن يونس حدثنا زهير حدثنا يحيى بن سعيد قال أخبرني ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ان عمر بن عبد العزيز أخبره ان ابا بكر بن عبد الحمن بن الحارث بن هشام اخبره انه سمع ابا هريرة رضي الله عنه يقول :قال رسلو الله صلى الله عليه وسلم أو قال سمعت رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: من أدرك ماله بعينه عند رجل او انسان قي أفلس فهو أحق به من غيره. فتح الباري شرح صحيح البخاري ، احمد بن علي بن حجر العسقلاني دار الريان للتراث، ١٤٠٧هـ ، ١٩٨٦م، كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس، باب اذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق، حديث رقم ٢٢٧٢.

(٢) الحنبلي، الشيخ علاء الدين بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٧٧هـ - ١٩٦٨م، ٥ / ٣٠٦ – ٣٠٧.

**مقارنة بين المذاهب الأربعة في الحجر على المدين المفلس:**

ويمكن أن نلخص ذلك في نقطتين أساسيتين:

١. كيف يتم الحجر.

٢. ما يترتب على الحجر.

**١. كيف يتم الحجر:**

اتفق الفقهاء على أن الحجر يكون على مدين، ديونه الحالة أكثر من ماله.

وكذلك تتفق على أن الحجر يكون بناء على طلب الدائنين وعلى أنه لا يكون إلا بحكم من القاضي وهو حكم يحسن الإشهاد عليه وإعلانه للناس حتى تتجنب معاملة المدين المفلس.

كما اتفق الفقهاء على أن الحجر يكون في الديون الحالة ولا تحل الديون المؤجلة.

واتفقوا كذلك على حق البائع في استرداد السلعة التي باعها للمدين إذا لم يقبض ثمنها عندما يجدها عينها وهو أحق من الغرماء في ذلك.

**إلا أنهم اختلفوا فيما يأتي:**

١. في المذهب الحنفي لا يجيز الإمام أبو حنيفة الحجر للإفلاس ولا يبيع مال المدين أصلاً عليه بل إن إفلاس المدين عنده لا يمكن أن يتحقق إلا بعد الموت، ويخالفه صاحباه في ذلك (أبو محمد ويوسف).

٢. يشترط المذهب المالكي في الحجر للإفلاس إن يماطل المدين بعد حلول الأجل في دفع ما عليه بينما يجيز المذهب الشافعي الحجر على المدين وإن كان ماله يفي بالديون الحالة وذلك إذا ظهرت عليه إمارة التفليس، كما يجوز في المذهب نفسه أن يتقدم المدين إلى الحاكم لتفليس نفسه[١].

**٢. موجز ما يترتب على الحجر:**

تتفق المذاهب الثلاثة في أن المدين لا يجوز له أن يتصرف تصرفاً مفقراً فينقص من ماله، بيع أو هبة أو وقف إلا أنهم اختلفوا فيما يأتي:

---

(١) عبد الرحمن شهاب الدين البغدادي، إرْشَادُ السَّالِكِ إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك،١ /١٦٢.

١. في بيع أموال المحجور على أن يباع ماله عليه، ويعجل بيع ما يخشى فساده أو تغييره عن حالته، ويتحرى الحاكم الاستقصاء في الثمن وعدم تقدم من يزيد.

٢. ترك ما يحتاج إليه المدين في صناعته أو حرفته، ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته.

١. عند الحنفية يجوز للمدين أن يتصرف في ماله معاوضة بغير محاباة، ولا يكون عدم نفاذ التصرفات التبرعية إلا في حق الغرماء الذين باشروا الحجر على المدين دون غيرهم من الغرماء الذين لم يباشروا الحجر.

٢. التصرفات المحظورة الصادرة من المدين المحجور موقوفة لحق الغرماء في المذهبين الحنفي والمالكي، وهي باطلة في المذهب الحنبلي، وفي القول الصحيح من مذهب الشافعي.

٣. عند المالكية لا يتناول الحجر إلا المال الموجود وقت الحجر، وعند الشافعية والحنابلة يتناول الحجر أيضاً ما يجد من مال دون حاجة إلى حجر جديد، وقد ذكرنا أن أبا حنيفة لا يجيز بيع مال المدين عليه، ويجيز حبسه في الدين حتى يبيع ماله بنفسه أما الصاحبان والمذاهب الأخرى فتجيز حبس المدين في الدين وبيع ماله عليه.

٤. تباع دار السكنى عند المالكية والشافعية، ولا تباع عند الحنفية والحنابلة.

٥. لا يجبر المدين المحجور على التكسب لوفاء الباقي من ديونه عند الحنفية في المرجوح عندهم والمالكية والشافعية، ويجبر على ذلك في القول الصحيح من المذهب الحنفي.

٦. تحل الديون المؤجلة التي على المفلس بالحجر عليه عند المالكية، ولا تحل عند الحنفية وفي القول الأظهر من المذهب الشافعي، وفي القول المشهور الأصح من المذهب الحنبلي.

٧. عند الحنفية من وجد من الغرماء عين ماله على الحالة التي كان عليها عنده ولم يتعلق بها حق للغير لم يكن له أن يفسخ البيع لأخذ عين ماله، وهو أسوة الغرماء.

٨. إذا طلب البائع فسخ البيع، في المذاهب الأخرى غير الحنفية، لأخذ عين ماله، فعند المالكية يجوز للغرماء أن يغيروا المبيع برفع ثمنه للبائع ولو بمالهم فأولى بمال المفلس، وعند الشافعية يجوز للغرماء أن يغيروا المبيع بدفع ثمنه للبائع من مال المفلس.

وعند الحنابلة إذا بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها لم يلزمه القبول لاحتمال ظهور غريم آخر[١].

أما عن آثار التي تترتب بانتهاء الحجر فتتفق المذاهب جميعها إلى عودة الحال إلى ما كان عليه قبل الحجر أي إزالة الحجر وعودة حرية تصرف المدين في ماله.

## رأي القانون: إجراءات الحجر

### الفرع الأول: كيفية إجراء الحجر

يمكن أن نستنتج مما سبق أن الفقه الإسلامي ينظم إعسار المدين تنظيمًا اجتماعيًا بحيث يحمي حقوق الدائنين، وتحقيق المساواة الدخلية فيما بينهم، ويستجيب لدواعي الشفقة بالمدين حيث يؤمن له نفقته ونفقة من يعول.

**أولاً: الإفلاس في القانون المدني العراقي**

قد أخذ القانون المدني العراقي نظام الحجر على المدين المفلس من أحكام الفقه الإسلامي، حيث أن الأخير يتفق مع النظم القضائية في العراق ومع المبادئ العامة للقانون المدني العراقي كما يأتي:

**١ -كيف يتم الحجر على المدين المفلس:**

هناك ثلاثة شروط للحجر على المدين المفلس وهي:

١. أن يكون ماله لا يفي بديونه الحالة.
٢. أن يطلب أحد الدائنين الحجر عليه.
٣. أن تكون هناك أسباب معقولة للخوف من أن يضيع المدين ماله أو أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره[٢].

فإذا توافرت هذه الشروط وقع الحجر على المدين المفلس بحكم تصدره محكمة البداءة بناءًا على طلب الدائنين[٣].

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط٣، بيروت ٢٠٠٠م، ص٢٩٩.
(٢) تنص المادة ٢٧٠ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١)، ص٥٩، على أنه:
«المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الأداء أزيد من ماله، إذا خاف غرماؤه ضياع ماله أو خافوا أن يخفيه أو أن يجعله باسم غيره، وكان خوفهم مبنيًا على أسباب معقولة، وراجعوا المحكمة في حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين لآخر، حجرته المحكمة».
(٣) المادة (١/٢٧١) من القانون المدني العراقي، ص٦٠.

**ثانياً: الإفلاس في القانون الأردني**

الإعسار عمومًا في القانون نوعان:

١. الإعسار الفعلي: هو أن تزيد ديون المدين المستحقة وغير المستحقة في وقت ما على مجموع أمواله.

٢. الإعسار القانوني: هو أن تزيد ديونه الحالة المستحقة في وقت ما عن مجموع أمواله، والديون غير المستحقة لا تدخل في هذا الحساب.

كيف يتم الحجر على المدين؟ وكيف يتم إعلان هذا الإعسار (الإفلاس)؟

«يكون الحجر بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين بناء على طلب المدين نفسه أو أحد الدائنين وتنظر الدعوى على وجه السرعة»[١].

وعليه فإن الحكم بشهر الإعسار هو الذي ينشئ حالة الإعسار القانوني إنشاءً ولا يقررها تقريرًا فهو قضاء منشئ وبه ينتقل المدين من حالة الإعسار الفعلي إلى حالة الإعسار القانوني.

ولكن يمكن أن نثير تساؤلاً هنا حول من له حق طلب شهر الإعسار؟

نقول: يمكن أن يكون الطلب مقدمًا من أحد الدائنين الذي يجب عليه أن يثبت أن جميع أموال المدين لا تفي بديونه المستحقة وقت الطلب ويثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات وقد اتجه الفقه إلى تجزئة عبء الإثبات فيكلف الدائن إثبات الديون المستحقة ويكلف المدين إثبات الأموال التي تفي بها ليدفع دعوى الإعسار[٢].

ويمكن أن يكون المدين هو من يطلب شهر إعساره فإن عليه أن يثبت وجود ديون مستحقة عليه وعدم وجود أموال كافية لوفائها وابتداءً يكفي هذا الإقرار لإشهار الإعسار، وفي كل الأحوال أيًا كان طالب شهر الإعسار الدائن أو المدين للمحكمة حق التقرير في ذلك.

---

(١) المادة ١/٣٧٦ من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦،ص١٠٥ .

(٢) الزرقاء، مصطفى أحمد، شرح القانون المدني السوري، نظرية الالتزام العامة، الجزء الثاني، أحكام الالتزام في ذاته، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحياة، دمشق، ١٩٦٤، ص١٦١.

**٢ -إجراءات شهر الإعسار قانونًا**

إن إجـراءات شــهر الإعســار متعـددة ومعقـدة سـوف نتناولهـا بالتفصـيل وفقـاً للقـانون العراقـي والأردني:

**القانون العراقي والأردني:**

**الأمر الأول: متى يجوز شهر الإعسار**

عندما تصل حالة المدين غير التاجر من السوء غايتها، بحيث تكون ديونه الحالة وحدها تزيد على أمواله، جاز شهر إعساره القانوني بحكم من القضاء، ولو كانت أموال المدين كافية للوفاء بالديون التي حلت لا يجوز شهر إعساره، من هنا يتبين لنا أن الإعسار القانوني حالة أسوأ من الإفلاس التجاري، بل هو أسوأ من الإعسار الفعلي لأن المعسر فعليًا لا يكون بالضرورة معسرًا إعسارًا قانونيًا على العكس حيث إن المعسر القانوني لا بد أن يكون معسرًا فعليا[١].

**الأمر الثاني: سلطة المحكمة في شهر الإعسار**

لكي يشهر الإعسار لا بد من صدور حكم قضائي بذلك، والمحكمة ليست ملزمة بشهر الإعسار حتى وإن ثبتت وجود ديون حالة تزيد على أمواله فإن للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في شهر الإعسار حيث تراعي ظروف المدين، فمثلاً تراعي المحكمة الظروف العامة التي حلت بالبلد كالأزمات الاقتصادية أو الحروب أو ظرف استثنائي خاص كالفيضانات بالإضافة إلى ذلك تنظر الظروف الخاصة التي أحاطت بالمدين مثل مسؤولية عن الإعسار أو حسن وسوء النية ومقدرته الشخصية عن الوفاء فمثلاً قد يكون طبيب ماهر أو مهندس بارع أو ما شابه ذلك[٢].

**الأمر الثالث: من له حق طلب شهر الإعسار**

في الغالب يكون طلب شهر الإعسار هو أحد الدائنين ومصلحته في ذلك واضحة، فإنه يخشى أن يبدد المدين ماله أو يتصرف تصرفات تضر بالدائنين لذا لا بد من أن يمنع يده من التصرف في ماله.

كما وقد يطلب شهر الإعسار المدين نفسه حيث يرى الظروف المحيطة به صعبة يتطلب شهر الإعسار ليحصل على آجال للديون الحالة ويحد الديون المؤجلة، أو قد يكون غارقًا بالديون وتكثر عليه الحجوزات فيطلب شهر الإعسار ليحصل على نفقة له ولمن يعول.

---

(١) المادة (٣٧٥) مدني أردني، ص١٠٥، تقابلها (٢٧٠) مدني عراقي، ص٥٩.
(٢) المادة ٢٧٠مدني عراقي ، ص ٥٩ – ٦٠ ، تقابلها المادة (٣٧٧) مدني أردني، ص١٠٥ .

ولا يجوز للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها ولا بناءً على طلب النيابة أن تشهر الإعسار[١].

**الأمر الرابع: إجراءات دعوى الإعسار**

إن المحكمة المختصة بشهر الإعسار هي محكمة البداءة التي تبيعها موطن المدين المعسر وتنظر الدعوى على وجه السرعة ويعتبر الحكم الصادر بشهر الإعسار حكم منشئ لحالة قانونية جديدة، فهو حجة على الجميع، ولا يعتبر المدين معسرًا أمام الدائن الذي رفع الدعوى وإنما يعتبر معسرًا أمام جميع الدائنين الذين رفعوا الدعوى والذين لم يرفعوها.

وعلى كاتب المحكمة، في اليوم الذي تعقد فيه دعوى الإعسار، أن يسجل صحيفتها في سجل خاص يرتب أسماء المعسرين ويؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وعلى الكاتب أن يرسل إلى وزارة العدل (في العراق) وإلى ديوان الوزارة (في الأردن) صورة من هذه التسجيلات والتأشيرات لإثباتها في سجل عام ينظم وفقاً لقرار مصدر من وزير العدل.

إن الإجراءات المتعلقة بالإعسار من لحظة شهر الإعسار إلى انتهائه متشابهة بين كل من القانون العراقي والأردني[٢].

## الفرع الثاني: الآثار المترتبة على شهر الإعسار قانونًا

### المقصد الأول: القانون العراقي

١. الحجز على جميع أمواله ومنعه من التصرف فيها والإقرار بجميع ديونه.

٢. حلول الديون المؤجلة التي عليه.

٣. بيع أموال المدين المفلس للوفاء بديونه.

حيث يتم الحجر على أموال المدين المفلس، الموجود منها وما سيوجد بمجرد أن يوجد، إذ يجوز لأي دائن بموجب الحكم الصادر بالحجر أن يحصل من دائرة التنفيذ على قرار بحجر جميع أموال المدين المحجور من عقارات ومنقولات وديون في ذمة الغير، عدا الأموال التي لا يجوز حجرها.

ويبقى الحجر على أموال المدين قائمًا لمصلحة جميع الدائنين حتى ينتهي الحجر، ولو كان الذي طلب الحجر بعض الدائنين دون بعض أو أحد الدائنين دون الآخرين[٣].

---

(١) المادة ٢٧١ مدني عراقي تقابلها، ص ٥٩ - ٦٠ المادة (٣٧٦) مدني اردني ، ص١٠٥ .
(٢) المادة (٣٧٨) مدني أردني ، ص١٠٦.
(٣) المادة (٢/٢٧١) من القانون المدني العراقي، ص٦٠.

ويحل ما في ذمة المدين المفلس من ديون مؤجلة بمجرد الحكم بالحجر عليه، على أن يخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الإتفاقية إذا كان هناك إتفاق على سعر الفائدة أو الفائدة القانونية إذا لم يكن هناك إتفاق عن المدة التي سقطت بحلول الدين وقد ذكر بهذا الصدد:

١. أن يترتب على الحكم بالحجر أن يحل كل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة، ويخصم من هذه الديون مقدار الفائدة الإتفاقية أو القانونية عن المدة التي سقطت بسقوط الأجل.

٢. ويجوز للمحكمة، بناء على طلب المدين وفي مواجهة ذوي الشأن من دائنيه، أن تحكم بإبقاء الأجل أو مده بالنسبة إلى الديون المؤجلة، كما يجوز منها أن تمنح المدين أجلاً بالنسبة إلى الديون الحالة، إذا رأت أن هذا الإجراء تبرره الظروف وأنه خير وسيلة تكفل مصالح المدين والدائنين جميعًا(١).

**المقصد الثاني: القانون الأردني**

إن الآثار التي تترتب على شهر الإعسار في القانون الأردني هي:

١. حلول آجال الديون.

٢. عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه.

٣. فرض عقوبة على المدين في بعض الحالات.

٤. فرض نفقة له من وارداته المحجورة.

---

(١) المادة ٢٧٣ من القانون المدني العراقي،ص٦٠ .

**١. حلول آجال الديون.**

إن الحكم بشهر الإعسار يستتبع سقوط آجال الديون المؤجلة فتصبح حالة أي مستحقة الأداء حيث يتساوى الدائنون في توزيع أموال المدين، وفي مقابل سقوط الأجل يطرح عن الدين مقدار الفوائد المدفوعة العائدة للمدة التي سقطت منه[١].

**٢. عدم نفاذ تصرفات المدين.**

حتى يتم تسجيل استدعاء دعوى الإعسار فكل تصرف يقوم به المدين بعده يزيد أو ينقص من حقوقه يعتبر غير نافذ في حق الدائنين، وكذلك كل وفاء يقوم به لأحد الدائنين، ولا يعني هذا أن التصرف الصحيح الذي يقوم به المدين يكون غير نافذ بالنسبة للمتصرف إليه بل يكون ملزمًا وصحيحًا ويعتبر المدين مسؤولاً مسؤولية عقدية عن ذلك مما يخول المتصرف إليه المطالبة بالتعويض ولا يزاحم الدائنين في ذلك[٢].

**٣. فرض نفقة للمدين من وارداته المحجوزة.**

بعد شهر الإعسار تصبح يد المدين مغلولة عن التصرف في أمواله وقد يوقع الدائنون الحجر على وارداته وفي هذه الحالة وقف القانون موقف إنساني منه ومن عائلته فقرر فرض نفقة من وارداته كما يأتي:

«إذا وقع الحجر على المدين كان لرئيس المحكمة المختصة بالحجر أن يقرر للمدين بناء على عريضة يقدمها نفقة يتقاضاها من ماله، ويجوز الاعتراض على القرار الذي يصدر على هذه العريضة في مدة ثلاثة أيام من تاريخ صدوره إن كان الاعتراض من المدين ومن تاريخ تبليغ القرار للدائنين إن كان الاعتراض منهم»[٣].

---

(١) المادة ٣٨٠ من القانون المدني الأردني،ص١٠٦، والتي تنص:
«يترتب على الحكم بالحجر أن يحل ما في ذمة المدين من ديون مؤجلة» تقابلها المادة (٢٧٣) مدني عراقي، ص٦٠.
(٢) المادة ٣٨١ من القانون المدني الأردني والتي تنص:
«يترتب على الحكم بالحجر على المدين ألا ينفذ في حق دائنيه جميعاً تصرفه في حالة الموجود والذي يوجد بعد وإقراره بدين لآخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء تقابلها المادة ٢٧٤ مدني عراقي.
(٣) المادة ٣٨٢ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ،ص١٠٧، تقابلها المادة (٢٧٢) مدني عراقي،ص٦٠.

**٤. فرض عقوبة على المدين في بعض الحالات.**

يعتبر إعسار المدين جرمًا، ويستوجب معاقبته بعقوبة الاحتيال في ثلاث حالات:

أ. إذا تعمد الإعسار (أي تسبب به عمدًا) للإضرار بالدائنين بعد رفع أحدهم دعوى عليه بالدين ثم انتهت الدعوى بالحكم عليه بالدين وشهر إعساره.

ب. إذا حكم بشهر إعسار المدين، فقام بعد الحكم بإخفاء بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونًا صورية، سواء أكانت الصورية في أصلها أم في مقدارها للمبالغة فيها وذلك بقصد الإضرار بدائنيه[١].

ج. إذا غير موطنه بطريق الغش وترتب ضرر على ذلك، وقد ذكر القانون المدني الأردني هذه الحالات تفصيلاً كما يأتي:

يعاقب المدين بعقوبة الاحتيال في الحالات الآتية:

أ. إذا رفعت عليه دعوى بدين فتعمد التفليس بقصد الإضرار بدائنيه وانتهت الدعوى بصدور حكم عليه بالدين وبالحجر.

ب. إذا كان بعد الحكم بالحجر قد أخفى بعض أمواله ليحول دون التنفيذ عليها أو اصطنع ديونًا صورية أو مبالغًا فيها وذلك بقصد الإضرار بدائنيه.

ج. إذا غير بطريق الغش موطنه وترتب على هذا التغيير ضرر لدائنيه[٢].

بعد الاطلاع على ما جاءت به الشريعة الإسلامية والقانونان العراقي والأردني من آثار للإعسار نوضح ما يأتي :

١- تتفق المذاهب الأربعة نوعًا ما مع ما جاء به القانون العراقي من حيث منع المدين من التصرف في أمواله وحلول آجال الديون المترتبة في ذمته، والحجز على جميع أمواله، كذلك بيع أمواله للوفاء بديونه.

إن الاختلاف يظهر في استرداد ما باعه المدين من أموال وفي كل الأحوال إذا كان البيع غير صحيح فإن العقد باطل ويمكن إرجاع المبيع إلى بائعه قانونًا.

---

(١) الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، ص١٦٨.
(٢) المادة (٢/٣٨٣) من القانون المدني الأردني، ص١٠٧.

٢- تتفق المذاهب المذكورة في بعض النقاط مع ما جاء به القانون الأردني من حيث حلول آجال الديون وعدم نفاذ تصرفات المدين المعسر في حق دائنيه وترك ما يحتاج إليه المدين في صناعته أو حرفته كما ويترك له قوته والنفقة الواجبة عليه لمن تلزمه نفقته.

إلا أن الاختلاف يكون من حيث فرض عقوبة قانونية على المدين في بعض الحالات التي سبق ذكرها.

**الفرع الثالث: كيفية انتهاء حالة الإعسار**

**أ. القانون العراقي:**

ذكر القانون العراقي حالات انتهاء الحجر كما يأتي:

«ينتهي الحجر بحكم تصدره محكمة البداءة بناءً على طلب كل ذي شان في الحالات الآتية:

١. متى ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله، والأصل أن تحل الديون المؤجلة، عندئذ تكون أموال المدين كافية للوفاء بجميع ديونه.
٢. متى قبل الدائنون أو بعضهم إبراء المدين من بعض ديونه، بحيث يصبح الباقي في ذمته من الديون لا يزيد على ما عنده من مال.
٣. متى قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها، وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت بالحجر إلى ما كانت عليه من قبل بشرط أن يكون المدين قد وفى جميع أقساطها التي حلت»(١).

من مفاد النص تبين لنا أن الحجر ينتهي في عدة حالات:

**الأولى:** متى اتضح وثبت أن ديون المدين لا تزيد على ديونه وذلك لأن الأصل عدم حلول الديون المؤجلة بل الديون بحالة هي التي تشهر الإفلاس.

**الثانية:** في حالة حصول موافقة من الدائنين كلاً أو جزءًا على إبراء المدين من بعض ديونه بالتالي يبقى جزء من الدين يفيه ماله.

**الثالثة:** قيام المدين بالوفاء للديون التي حلت وتعود الديون الآجلة إلى أجلها على شرط أن يوفي المدين جميع أقساطها التي حلت.

---

(١) المادة ٢٧٨ من القانون المدني العراقي، ص٦١.

**ب. القانون الأردني:**

إن الإعسار الفعلي يوجد وينقضي في الواقع دون أن يكون للقانون دخل في وجوده أو انقضائه.

أما الإعسار القانوني فهو الذي يكون له وجود اعتباري رسمي ينشئه القانون وهناك طريقان لإنهاء الإعسار القانوني:

**أولاً: إنهاؤه بحكم قضائي**

وفيه يقضي القاضي بناءً على طلب شخص له علاقة بإنهاء حالة إعسار المدين ويكون ذلك في ثلاث حالات:

**الحالة الأولى:**

متى ثبت أن ديون المدين جميعها أصبحت لا تزيد على أمواله، ويدخل في هذا الاعتبار ما كان من الديون مستحقة الأداء وقت شهر الإعسار، وما حل أجله الأصلي بعد شهر الإعسار.

**الحالة الثانية:**

إذا قام المدين فعلاً بوفاء ديونه التي حلت آجالها ولم يكن حلولها بسبب شهر إعساره.

**الحالة الثالثة:**

إذا قسم مال المحجور بين الغرماء(١).

**ثانيًا: إنهاؤه بحكم القانون**

وفي هذه الحالة لا تحتاج إلى حكم قضائي، متى مضى ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر أي مضى ثلاث سنوات من وضع الإشارة المشعرة بصدور الحكم القاضي بشهر الإعسار في هامش السجل الخاص الذي سجل فيه استدعاء الدعوى.

وقد بين القانون المدني الأردني ذلك بالتفصيل كما يأتي:

«١. ينتهي الحجر بحكم تصدره المحكمة التي يتبعها موطن المدين بناء على طلب ذي شأن في الحالات الآتية:

أ. إذا قسم مال المحجور بين الغرماء.

ب. إذا ثبت أن ديون المدين أصبحت لا تزيد على أمواله.

---

(١) الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، ص١٧٢.

ج. إذا قام المدين بوفاء ديونه التي حلت دون أن يكون حجر أثر في حلولها وفي هذه الحالة تعود آجال الديون التي حلت للحجر إلى ما كانت عليه من قبل، بشرط أن يكون المدين قد وفى بجميع أقساطها التي حلت.

د. إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بالحجر...»[(١)].

## النتائج المترتبة على إنهاء حالة الإعسار قانونًا:

### أولاً: القانون العراقي

يترتب على الحكم بإنهاء حالة الحجر أن يكون للمدين الحق في أن يطلب من دائرة التنفيذ على قرار يرفع الحجر الموقع على أمواله بسبب الإفلاس، وبذلك يعود للمدين حقه في التصرف في أمواله وتعتبر أمواله غير محجوز عليها لمصلحة أي دائن، ومعنى هذا أنه لا يمنع من أن يكون أحد الدائنين قد وقّع أثناء الحجر أو بعده حجرًا باسمه ولمصلحته ففي هذه الحالة يكون للدائن الحق في أن يستمر في إجراءات التنفيذ ليستوفي حقه.

**وقد ذكر القانون المدني ذلك:**

«يكون للمدين الحق بمقتضى الحكم الصادر بانتهاء الحجر أن يحصل من دائرة الإجراء على قرار يرفع الحجز الموقع على أمواله بسبب الحجر، وهذا دون إخلال بما اتخذه كل دائن من الإجراءات على أموال المدين باسمه خاصة ولمصلحته وحده»[(٢)].

### ثانيًا: القانون الأردني

إن ما يترتب على إنهاء حالة الإعسار هو زوال النتائج الأربعة التي رتبها القانون وكما يأتي:

١. كان من الآثار حلول ِآجال الديون فإذا انتهت حالة الإعسار أيًا كانت الطريقة التي انتهت بها عادت الديون إلى آجالها الحقيقية (أي الأصلية دون تقديم).

٢. نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه بعد أن كانت غير نافذة.

٣. لا يستحق المدين عقوبة الاحتيال إذا بدد شيئًا من أمواله أو أخفاها بانتهاء حالة الإعسار.

٤. توقف النفقة التي كانت مقررة للمدين المعسر لأنه حر التصرف في أمواله[(٣)].

---

(١) المادة ٣٨٤ من القانون المدني الأردني، ص١٠٧.

(٢) المادة ٢٧٩ من القانون المدني العراقي، ص٦١.

(٣) السنهوري، د.عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص١٢٤٦.

**وقد ذكر القانون الأردني ذلك بنصه الاتي:**

«يجوز للمدين بعد انتهاء الحجر أن يطلب إعادة الديون التي كانت قد حلت بسبب الحجر ولم يتم دفعها إلى آجالها السابقة بشرط أن يكون قد وفى ديونه التي حلت دون أن يكون للحجر أثر في حلولها»[١].

بعد انتهاء التحدث عن حالة الإعسار وبيان النتائج المترتبة على ذلك شرعًا وقانونًا يتبين لنا أن النتائج المترتبة عن انتهاء حالة الإعسار شرعًا وقانونًا هي عودة المدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إشهار إعساره والتي سبق ذكرها.

(١) المادة ٣٨٥ من القانون المدني الأردني، ص١٠٨.

# الفصل الثاني

## المال المثقل بالديون والالتزامات المالية

إن البحث في تكييف فعل المالك المفلس الذي يتضمن اعتداء على ماله المثقل بالديون يقتضي منا البحث في طبيعة المال المثقل بالديون والذي يكون محلاً للاعتداء من قبل الجاني وما هي أنواعه وذلك في المبحث الأول من الفصل ثم نتناول في المبحث الثاني الديون ونوضح في الثالث تصرفات المفلس بعدها نتطرق في المبحث الرابع إلى الالتزامات المالية التي يكون المال مثقلاً بها وكما يأتي:

**المبحث الأول: ماهية الديون.**

**المبحث الثاني: أحكام الحجر وأثره في تصرفات المفلس.**

**المبحث الثالث: الالتزامات المالية .**

## المبحث الأول

## المال المثقل بالديون

### المطلب الاول: ماهية الدين

تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع :-

**الفرع الاول : تعريف الدين:**

أ - لغة :هو القرض وثمن البيع[١]

ب -اصطلاحاً : هو عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها، نقداً، والآخر نسيئة فإن العين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً. [٢]

وقد بين الله سبحانه وتعالى هذا المعنى بقوله﴿ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى ﴾ [٣]

والمراد في الآية : إذا تعاملتم بما فيه دين وذلك أن البياعات على أربعة أوجه كما ذكر في غرائب القرآن ورغائب الفرقان :-

أحدها: بيع العين بالعين، وذلك ليس بدين البتة .

الثاني : بيع الدين بالدين، وهو باطل.

الثالث :بيع العين بالدين: وهو إذا باع شيئاً بثمن مؤجل.

الرابع :بيع الدين بالعين :هو المسمى بالسلم، وكلا البيعين الأخيرين داخل تحت الآية[٤].

---

(١) الفيومي، المصباح المنير،٢٤٤/١.

(٢) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، طبعة دار الكتب المصرية، ١٣٨٧ هجرة ٣\٣٧٧ .

(٣) البقرة ،الاية ٢٨٢.

(٤) النيسابوري، غرائب القرأن ورغائب الفرقان، ت ١٣٨١ هجرة، تحقيق ابراهيم عطوة عوض، ط١، مطبعة مصطفى البابي سنة ،١٣٨١هجرة ٣\٨٧، ابن الهمام الحنفي،فتح القدير على الهداية،طبعة دار احياء التراث العربي، ٢٠٤/٦.

**الفرع الثاني :- الفرق بين الدين والعين :**

تبين مما سبق  أن المراد بالعين النقد [١]، والدين، خلافه إذ هو ما يثبت في الذمة، كمقدار من الدراهم في ذمة رجل[٢].

يقال :اشتريت بالدين أو بالعين يقال : بعته عيناً بعين، أي حاضراً بحاضر[٣] وسمى بيع العينة كذلك، لأن مشتري السلعة إلى أجل يأخذ بدلهاعيناً، أي نقداً حاضراً[٤].

إذا فالدين على هذا كما يقول الفقهاء الحنفية :-  وصف في الذمة أي أمر اعتباري محله الذمة التي  تشغل بالتزامه.

**الفرع الثالث :- هل القرض من الدين [٥].**

وعلى أساس التقسيم الذي ذكره الإمام النيسابوري، فإن القرض لا يدخل في المراد بالآية، وأنه غير الدين الذي يجوز فيه الأجل، والقرض ولا يجوز فيه الأجل [٦] وهذا مذهب الحنيفة [٧]  والشافعية والحنابلة [٨] خلافًا للإمام مالك[٩] حيث قال بثبوت الأجل في القرض كسائر الديون.

وحجة المذهب الاول : أن الحق  في القرض يثبت اولاً، والتأجيل تبرع من المقرض، ووعد فلا يلزم الوفاء به كما يلزم لو أعاره شيئا[١٠]، ولأنه سبب يوجب رد المثل، أو القيمة فكان حالا  كالإتلاف[١١]، لأن الأجل يقتضي جزءًا من العوض .

القرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة، ولا نقص، فلذلك لم يتأجل [١٢].

---

(١) الفيومي، المصباح المنير،٥٢٧/١.
(٢) مصطفى الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ،الطبعة العاشرة،دار الفكر،١٨٢/٣.
(٣)المقرىء، المصباح المنير، المصدر أعلاه، ١ /٥٢٧.
(٤) إبن حزم، المحلى، ٢٦٠/٢.
(٥) البهوتي، كشاف القناع، ٢٩٨/٣.
(٦)شهاب الدين أحمد الرلسي الملقب بعميرة، حاشية عميرة، الناشر دار الفكر، لبنان – بيروت، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ٢٦٠/٢.
(٧) إبن قدامة، المغني، ٢٣٧/٤.
(٨) البهوتي، كشاف القناع، ٣٠١/٣.
(٩) الإمام مالك، الموطأ، ١٢٨/٦.
(١٠) إبن قدامة، المغني، ٢٣٧/٤.
(١١) البهوتي، كشاف القناع، ٣٠١/٣.
(١٢) إبن قدامة، المغني، ٢٣٧/٤.

وحجة المذهب الثاني : قول النبي صلى الله عليه وسلم : (المؤمنون عند شروطهم) [١] أي ثابتون عليها واقفون عندها[٢]

وقد أجاب أصحاب المذهب الاول على حجة المذهب الثاني، بأن اسم الشرط في قوله صلى الله عليه وسلم: (المؤمنون عند شروطهم ) لايقع على التأجيل، ولو سمي شرطاً فالخبر مخصوص بالعارية، حيث جاز لصاحبها المطالبه بها في أي وقت شاء، والقرض مثلها فيلحق بها[٣] وعلى أي حال فالقرض و الدين سواء في ثبوتهما في الذمة، ويلزم المقترض والمدين الوفاء بهما .

**الفرع الرابع :- أقسام الدين بالنسبة لسبب لزومه[٤] (مصادر الدين) :**

ينقسم الدين بالنسبة إلى سبب لزومه إلى ثلاثة أقسام:

الأول : يلزم المدين بسبب عوض مالي :كالقرض وثمن البيع.

الثاني : يلزم المدين بسبب التزامه : كالكفالة والمهر. وعوض الخلع .

الثالث: يلزمه لا بسبب عوض مالي ولا بالتزامه : كبدل المتلف وأرش الجناية، ونفقة الأقارب والزوجات .

## المطلب الثاني : مشروعيه الحجر بالدين

اختلف العلماء في مشروعية الحجر بالدين على مذهبين:

الأول: وهو جواز الحجر بالدين وقال به المالكية، والشافعية، والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية[٥].

ودليلهم في ذلك ما روي :((أن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه ) [٦].

---

(١) إبن حزم، المحلى، ٤٧٠/٨.
(٢) محمد عبد الرؤوف المناوي، فيض القدير، ٢٧٢/٦.
(٣) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، ص٦٣.
(٤) ابن قيم الجوزية ،الطرق الحكمية في السياية الشرعية، ص ٦٣، والتقسيم هذا هو تقسيم اصحاب ابي حنيفة،كذلك انظر المدخل الفقهي العام امصطفى الزرقاء، ٣/ ١٧١.
(٥) الخرشي، حاشية الخرشي، ٢٦٣/٥، الرافعي، فتح العزيز، ١٩٦/١٠.
(٦) أخرجه مسلم، انظر صحيح مسلم بشرح النووي ،بهامش ارشاد الساري ، دار احياء التراث العربي ٤٢٧/٦ ، نيل الاوطار ٥/ ٢٧٥ ،تم تخريج الحديث في الفصل الاول من الرسالة بشكل مفصل.

وادعى صاحب نتائج الأفكار (تكملة شرح فتح القدير على الهداية) أن مشروعية الحجر بالدين لم تثبت بالنص وإنما ثبتت بالقياس[1].

ورد الاستدلال بحديث معاذ الذي ذكره بالفظ: (أن معاذًا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص)

رد بجواب من قبل أبي حنيفة رحمه الله، مفاده أن النبي عليه الصلاه والسلام إنما باع مال معاذ بإذنه، لأن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره الرسول صلى الله عليه وسلم بالبيع فيابى ولا يظن بمعاذ أن يخالف الرسول صلى الله عليه وسلم، وإنما استعان معاذ رضي الله عنه بالنبي عليه الصلاه والسلام على بيع المال ليصير دينه مقضياَ ببركته صلى الله عليه وسلم. ثم قال رحمه الله: ( فظهر أنه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس).[2]

والحق أن الحجر بالدين ثابت بالنص، لحديث معاذ الذي رواه الأئمه بلفظ : حجر على معاذ أو حجر عن معاذ ماله والحديث الذي ذكره الحنفية في كتبهم بلفظ: أن معاذ ركتبه ديون فباع . .لم يذكره أئمة الحديث بهذا اللفظ. وهو بهذا اللفظ ليس موضعاَ للاستدلال ؛لاننا نستدل للحجر ولا يهمنا بعدئذ أن يبع النبي عليه السلام مال معاذ بإذنه أو بدون إذنه، على أنه لا ضير أن يبع رسول الله عليه وسلم مال معاذ بإذنه مع قيام الحجر عليه وهذا من باب الاستعانه، ونيل البركة حتى يصير دينه مقضياَ.

على أن الحجر على معاذ رضي الله عنه كان بطلب غرمائه كما صح من الروايات المشهورة.

وما رواه الدار قطني من أن معاذاَ أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فكلمه ليكلم غرماءه فيه طلب معاذ الرفق منهم وبهذا تجتمع الروايات[3].

وقد ثبت الحجر على المديون وإعطاء الغرماء ماله من فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ولم ينقل أنه أنكر عليه أحد من الصحابه[4] فيكون اجماعاَ وسواء كان دليل مشروعية الحجر بالدين النص أو القياس فإن المذاهب الثلاثة والصاحبين: أبا يوسف ومحمداَ من الحنفية قالوا بالحجر على المدين عند توافر شروطه لما تقدم من أدلة.

الثاني : عدم جواز الحجر بسبب الدين وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله.

---

(١) إبن قودر، نتائج الأفكار، ٩ /٢٩٤.
(٢) ابن قودر ,نتائج الافكار ٢٩٦/٩.
(٣) إبن الجنيد، التحرير والتقرير،٢٢٤/١٠.
(٤) الشوكاني، نيل الاوطار، ٢٧٦/٥.

وحجته فيما ذهب اليه : أن الحجر إهدار أهلية المحجور عليه وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز الحاقه به لدفع ضرر خاص[1]، ولأن المفلس لا يحجر عليه إذا كان الحجر لمصلحته فكذلك لا يحجر عليه لمصلحة الغرماء [2].

والحجه للجمهور على الإمام أبي حنيفة حديث معاذ رضي الله عنه، ولأن مصلحة الناس تقتضي الحجر على المفلس إذا لو نفذت تصرفاته وإقرارته لأدى ذلك إلى ضياع حقوق الدائنين وذلك ظلم والمدين ظالم بالامتناع عن الأداء، ويجب الاحتياط لحفظ الأموال [3]، وعليه فالراجح ما ذهب إليه الجمهور.

---

(١) المرغيناني، الهداية، ٢٠٢/٨.
(٢) السرخسي، المبسوط، ١٦٣/٢٤.
(٣) الأمام أبو زهرة، أبو حنيفة، ص٤٠٨.

## المبحث الثاني

## أحكام الحجر وأثره في تصرفات المفلس

يترتب على صدور الحجر عدة أحكام ولها تأثير بالغ في تصرفات المفلس وكما يأتي:

### أولاً: تعلق حق الغرماء بعين ماله، ومنعه من التصرف بماله:

يفضل أن يشهد القاضي على حجر المفلس، ليعلم الناس حاله، ويحذروا معاملته فلا يعاملوه، إلا على بصيرة[١]. فإذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله كالرهن، فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم[٢]، لأنه لا ضرر على الغرماء، فتبطل تبرعاته كالهبة والصدقة، ولا يقبل إقراره أصلا بعد التفليس على ماله باتفاق الفقهاء، وعلى التفصيل التالي:

إذا حبس الرجل في الدين وفلّسه القاضي فباع في السجن واشترى، وأعتق، وتصدق بصدقة، أو وهب هبة فإن أبا حنيفة، كان يقول هذا كله جائز، ولا يباع شيء، من ماله في الدّين، وليس بعد التفليس شيء ألا ترى أن الرجل قد يفلس اليوم ويصيب غدا مالا، وكان ابن أبي ليلى يقول لا يجوز بيعه، ولا شراءه، ولا عتقه، ولا هبته، ولا صدقته بعد التفليس، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء. قال أبو يوسف مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العقاقة في الحجر وليس من قبيل التفليس[٣].

ولو وُهِبَ له بعد التفليس هبة، لم يكن عليه أن يقبلها، فلو قبلها كانت لغرمائه دونه، وكذلك كل ما أعطاه أحد من الأدميين، متطوعا به فليس عليه قبوله، ولا يدخل ماله شيء إلاّ بقبوله إلاّ الميراث[٤].

في كل الأحوال عندما يجر عليه القاضي، ويمنعه من التصرفات في ماله حفاظاً على حقوق الغرماء سواء سأله جميعهم أم بعضهم[٥].

إذا ادعى المدين المفلس الإفلاس وطلب غرماؤه حبسه، حبس فإن ثبت عسره أنظره، فإن ظهر له شيء، أديم حبسه، فإن سألوه حجره حُجر عليه، وأنتزع لهم ماله وقسم بينهم بالحصاص ويحل المؤجل عليه لا له، ومن وجد عين سلعته أخذها، فإن قبض بعض ثمنها، وخُيّر بين رده

---

[١] الدردير، الشرح الصغير، ٣٥٢/٣.

[٢] الشيرازي، المهذب، ٣٢١/١.

[٣] الشافعي، الأم، ١٠٤/٧.

[٤] الشافعي، الأم، ٢٠٦/٣.

[٥] أبو الحسن علي بن محمد البصري، الماوردي، الحاوي الكبير في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ-١٩٩٤، ٥٥١/١.

وأخذها، أو الحصاص بما فيه، وتترك له ثيابه المعتادة، وقوته لأيام ويباع عليه ما سوى ذلك من ريع وغيره، قبل البيع منه وبعده من الغرماء وليس لهم ملازمته على الباقي ولا إجارته[١].

**أما عن السَّلم:**

لا يقال لو كان السلم مشروعاً، لدفع حاجة المفاليس لما أجاز لغير المفلس، لأنها تقول الشيء في السلم لا يباع عادةً إلا بأقل ولا يقدم على مثله إلا المحتاج، فلنا إقدامه على هذا البيع على أنه محتاج، فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة وشرط أن يكون الأجل معلوما لما روينا لأنه إذا لم يكن معلوماً يفضي إلى المنازعة[٢].

**وإذا أفلس المستأجر والإجارة على نوعين:**

أحدها الإجارة الواردة على العين فإذا أجرَ أرضا، أو دابة وأفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة، ومضت المدة، فللمكري فسخ الإجارة تنزيلاً للمنافع في الإجارة منزلة الأعيان في البيع، وحينئذ إن كانت العين المستأجرة فارغة أجَّرها الحاكم على المفلس وصرف الأجرة إلى الغرماء، ولو كان التفليس بعد مضي المدة فللمكري فسخ الإجارة في المدة الباقية والمضاربة مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة.

النوع الثاني الإجارة على الذمة ونزيد فيها النظر إلى هذه الإجارة هل تعطي حكم السلم حتى يجب فيها تسليم رأس المال في المجلس أم لا[٣].

قال ابن القاسم في الرجل يستأجر البناء يبني له عرضة مقاطعة كل ذلك من عند البنّاء، فيبنها ثم يفلس صاحبها، إن البنّاء أولى بها بمنزلة سلعته بعينها.

قال القاضي: قوله كل ذلك عند البنّاء، يريد أن كل ما يحتاج إليه فيبنيها من نقض وقراميد وجص وغير ذلك من عنده، وقد تأول بعض الشيوخ أن العرصة أيضا من عند البنّاء لقوله أن البنّاء أولى بها أي الدار، إذ لم يفرق بين أن يكون من عنده أو قد سلمها إلى المفلس، وهو التأويل البعيد، لأن العرصة إذا كانت من عند البنّاء فالبيع أملل بما عاملا عليه من الإجارة، وهو قد سماها إجارة، وقوله أن البناء أولى بها يتحمل أن يريد أن البنّاء أولى بالدار مبنية حتى يستوفي جميع أجرته، ومعنى ذلك إذا كانت الدار بيده لم يسلمها إلى صاحبها المفلس لأنها كالرهن بيده، وإن لم يخرج فيها شيئاً من منع نده غير عمل يده، ويحتمل أن يكون إنما تكلم على أنه قد أسلم الدار إلى

---

[١] عبد الرحمن بن محمد بن عسكر شهاب الدين البغدادي، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك، ٢١٥/١.
[٢] فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ٢٧٢/١١.
[٣] عبد الكريم بن محمد الرافعي، الشرح الكبير، ٢٤٠/١٠.

المفلس، فيكون معنى قوله أنه أولى بها، أنه أولى بقيمة ما أخرج من عنده في بنيانها من نقض وحجر وأجر وقرميد وغير ذلك.

كان مما يمكن قلعه وأخذه أو مستملكا مما لا يمكن فيه ذلك، يكون بذلك كله شريكا للغرماء في العرصة مبينة بقيمة يوم الحكم، إلا أن يشاء أن يترك حقه في ذلك ويحاص الغرماء بجميع أجرته أو يشاء الغرماء أن يدفعوا إليه جميع أجرته، ويستخلصوا الدار[١].

**وجاء في المدونة:**

ليس للغرماء أن يجبروا المفلس على انتزاع مال أم ولده أو مَدَبَّرِهِ قال الإمام مالك، ليس لغرماء المفلس أن يؤاجروا أم ولده، ولهم أن يؤاجروا مَدبَّره ويبيعوا كتابه مكاتبه[٢].

وإذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه ثم قلت قبل أن يبيعه، فتلفه من المفلس فإن باعه فتلف ثمنه فالتلف من الغرماء، وقيل من المفلس وإذا ادعى المديان الفلس ولم يعلم صِدقه، ولا ظهرت إمارة لصدقه، لم يقبل منه ويحبس إلى أن ينكشف أمره، ومدة الحبس غير مقدرة وهي موكلة إلى اجتهاد الحاكم، فإذا ثبتت عسرته خلى سبيله، ولم تكن للغرماء مطالبته ولا إجارته ولا أخذه بعمل صنعه يكتسب منها ولا استئناف بملك أن يوسر، وكل دين ثابت في الذمة يستحق المطالبة فإنه يحبس فيه، والصناع إذا قبضوا السلع وأفلس أربابها بأجرتهم فهم أحق بها في الموت والمفلس وكذلك مستأجر الأرض للزرع يكون ربها أحق بالزرع والسكنى، يكون ربها أحق بما بقي من مدة السكنى[٣].

وذكر الحنابلة: أنه لو أفلس شخصا وله دار مستأجرة فانهدمت بعد قبض المفلس الأجرة انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة، وسقط من الأجرة بقدر ذلك، ثم إن وجد عين ماله اخذ منه بقدر ذلك، وإن لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك بعد، قسم ماله رجع على الغرماء بحصته، لأنه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشار لهم قبل القسمة، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيبا فردها، به أوردها بخيار، أو اختلاف في الثمن ونحو ووجد عين ماله أخذها لأن البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع، وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء[٤].

---

(١) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: د. محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، ٤٤٦/١٠.

(٢) أبو عبد الله محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ٢٧/٨.

(٣) أبو محمد عبد الوهاب البغدادي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: أبو إدريس محمد بوخبزة الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ١٦٩/٢٠.

(٤) ابن قدامة، الشرح الكبير، ٤٠٣/٤-٤٠٤.

وسميت إظهار حجر المفلس ليعلم الناس بماله فلا يعاملوه الأعلى بصيرة، ولا ينفذ تصرفه أي المحجور عليه لفلس في ماله الموجود والحادث بإرثه، أو غيره بعد الحجر بغير وصيته، أو تدبير، ولا إقراره عليه أي على ماله لأنه محجور عليه، وأما تصرفه في ماله في الحجر عليه فصحيح لأنه رشيد غير محجور عليه، لكن يحرم عليه الإضرار بغريمه.

ومن باعه أو أقرضه شيئا قبل الحجر، ووجده باقيا بماله، ولم يأخذ شيئا من ثمنه فهو أحق به لقول -صلى الله عليه وسلم-: "من أدرك متاعه عند إنسان أفلس فهو أحق به"[١].

وكذا لو أقرضه، أو باعه شيئا بعده أي بعد الحجر عليه رجع فيه إذا وجده بعينه، إن جهل حجره، لأنه معذور يجهل حاله وإلا يجهل الحجر عليه فلا رجوع له في عينه لأنه دخل على بصيرة ويرجع بثمن المبيع، وبدل القرض إذا انفك حجره[٢].

**وقد ذكر المالكية:**

أليس إذا أفلس ووقف ماله فهو أحق بدابته، وإن لم تجيء إلا بعد الموت أي موت المفلس إذا لم يقسم ماله؟ قال لا يكون وقف ماله وقفاً حتى توقف له الدابة بعينها، يتعلق بها فلس فيقول هذه دابتي وتوقف له حتى يثبتها قال الإمام القاضي: هذه مسألة صحيحة مفسرة لما في كتاب الهبات في المدونة، والأصل فيها قول النبي -صلى الله عليه وسلم- أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره لأنه إذا وقف له ليثبته فقد أدركه[٣]. وإذا رهن المشتري ثم أفلس أو هبها لمن يملك، للبائع الرجوع كما لو باعها، أو أعتقها ولأن في الرجوع إضرار بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر، ولأن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: "من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به" وهذا لم يجده عند المفلس.

فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بِيعَ كله فقضي دين المرتهن، والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشيرك فيه الغرماء وإن بيع بعضه فيقسم بينهم ويباع لهم أيضا ولا يرجع به البائع.

قال القاضي له الرجوع به، وهو مذهب الشافعي لأنه عين ماله لم يتعلق به حق غيره[٤].

وأن تصرف المفلس في ذمته بشراء، أو ضمان، أو نحوهما، أو أقر المفلس بدين صح تصرفه في ذمته، وإقراره بذلك لأنه أهل والحجر متعلق بماله لا بذمته ويطالب به أي بما لزمه

---

[١] حديث عن أبي هريرة، متفق عليه، سبق تخريج الحديث.

[٢] ابن قدامة، الشرح الكبير ٤٧١/٤.

[٣] ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ٤٢٦/١٠. سبق تخريج الحديث.

[٤] موفق الدين بن قدامة المقدس، لمغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ٣٣٥/٩.

من ثمن مبيع ونحوه ما أقر به بعد فك الحجر عنه لأنه حق عليه، وإنما منعنا تعلقه بماله لحق الغرماء، فإذا استوفى فقد زال العارض، ويبيع الحاكم ماله أي مال المفلس الذي ليس من جنس الدين بثمن مثله أو أكثر، ويقسم ثمنه فورا بقدر ديون غرمائه الحالة لأن هذا هو جل المقصود من الحجر عليه وفي تأخيره مطل وهو ظلم لهم(١).

ومن كان عليه دين يحيط بماله ولم يوقف لتفليس فجائز أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، وجائز تصرفه في بيعه، وشرائه، وأخذه، وعطائه، ونكاحه، وسائر معاوضاته إلا أن يحابي في ذلك فإن حابى أحد فالمحاباة عطية وهبة، ولا يجوز ذلك لمن أحاط الدين بماله قبل التفليس ولا بعده وإقراره لمن يعرف بمعاملته ولا يهتم جائز له ماض له، وعليه ما لم يفلسه الحاكم ويحال بينه وبين ماله، ومن كان عليه دين يحيط بماله فللغرماء أن يردوا عتقه، وهبته، وصدقته، أما إذا عتق أو وهب بإذن غرمائه جاز، واختُلفَ في رهنه عند مالك، فروّيَ عنه جواز رهنه بعد تفليسه وروي عنه المنع، ولم يختلف قوله وقول أصحابه في الذي تحيط ديونه بماله إذ له أن يقضي بعض غرمائه دون بعض بعد التفليس(٢).

وللغريم إذا وجد سلعته قد رهنها المفلس في دين عليه وحازها المرتهن بدفع ما رهنت فيه، وأخذه وحاص الغرماء بغدائه، وله تركه والمحاصة بثمنه(٣).

ومن وهب هبة لغير الثواب فلم يجزها الموهوب له، حتى مرض الواهب مرضا مخوفا، أو فلس فليس له أي للموهوب له، حينئذ أي حين مرض الواهب، أو فلس، قبضَها أي الهبة، وفيدت الهبة بغير الثواب لقول الجلاب ومن وهب هبة للثواب فمات قبل دفع الهبة فهي صحيحة جائزة لازمة وليست تحتاج هبة الثواب إلى حيازة(٤).

وقال أبو يوسف ومحمد: إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه، حجر عليه القاضي ومنعه من البيع، أي بأقل من ثمن المثل والتصرف بماله، والإقرار حتى لا يضر بالغرماء، وباع القاضي ماله، إن امتنع المفلس عن بيعه بنفسه، وقسمه بين الغرماء بالحصص على قدر ديونهم، ويباع في الدين النقود ثم العروض، ثم العقار ويبدأ بالأيسر فالأيسر لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين ويترك عليه دست من ثياب بدنه، ويباع الباقي لأن فيه كفاية وقيل دستان، لأنه إذا غسل ثوبه لابد

---

(١) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع في اختصار المقنع، تحيق: سعيد محمد اللحام، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت: لبنان، ٢٥٠/١.

(٢) أبو عمر يوسف بن عاصم القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ط٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ٨٢٦/٢.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٠١/١٣.

(٤) أبو الحسن مالكي، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ، ٣٤١/٢.

له من ملبس، فإن أقر في حالة الحجر بإقرار لأحد لزمه ذلك الإقرار، بعد قضاء الديون، لأنه تعلق بهذا المال حق الأولين فلا يتمكن من إبطاله بالإقرار لغيرهم، وإن استفاد مالا بعد الحجر نفذ إقراره فيه، لأن حقهم لم يتعلق به جوهره وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجه وأولاده وذوي أرحامه، لأن حاجتهم الأصلية مقدمة على حق الغرماء، وإذا لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماء، حبسه وهو أي المفلس (يقول لا مال لي حبسه الحاكم) في كل دين إلتزمه بدلا عن مال حصل في يده، وذلك كثمن مبيع وبدل القرض لأن حصول ذلك في يده يدل على غناه، فكان ظالما بالمطل، وكذلك دليل على ثروته، وقدرته على أداءه، ولم يحبسه ويصدق في دعوى الفقر فيما سوى ذلك[1].

## ثانيا- حلول آجال الديون:

انقسم العلماء في ذلك إلى رأيين:

**الرأي الأول:**

لا يحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه، ولا يشارك صاحب الدين المؤجل ذوي الديون الحالة إلا إذا حل الأجل قبل قسمة ماله بين الغرماء، فإنه يدخل معهم ويشاركهم فيما بقي من مال المفلس دون ما قسم، ولا يحبس من مال المفلس لصاحب الدين المؤجل لأن الأجل حق مقصود له فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه. قال بهذا جمهور الفقهاء من الحنابلة وهو الأصح عند الشافعية والصاحبين من الحنفية ورواية عند المالكية[2].

---

[1] عبد الغني الدمشقي، الباب في شرح الكتاب، تحقيق: محمود أمين النواوي، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٦٧/١.

[2] الرافعي، فتح العزيز ٢٠١/١٠، الشيرازي، المهذب ٣٣٠/١، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢٦٧/٣.

**الرأي الثاني:**

تحل الديون المؤجلة على المدين المفلس بفلسه، كالموت، وصاحب الدين المؤجل يحاص الغرماء، ويقسم مال المفلس بين أصحاب الديون الحالة، والديون المؤجلة فوراً، قال بهذا المالكية وهو رواية عند الشافعية[١].

والراجح ما يراه أصحاب الرأي الأول وهم جمهور الفقهاء، فالديون المؤجلة لا تحل بل تبقى لموعدها المضروب، لأن الأجل حق للمفلس كبقية حقوقه وهو حي فلا يحل قبل موعده، ولأن الغاية من التأجيل إعطاء مدة كافية للمدين المفلس ليكتسب المال، ومن ثم يؤدي الدين المستحق عليه.

## ثالثا- الحبس والملازمة:

اختلف الفقهاء في جواز ملازمة المدين، واتفقوا على جواز حبسه بشرط يحكم القاضي بذلك وبشروط معينة.

**أ- الملازمة:**

قال أبو حنفية وصاحباه[٢]: إن للدائنين الحق في أن يلازموا المدين ويذهبوا معه أينما ذهب، وإذا رجع إلى بيته رجعوا معه، وإذا أذن لهم بالدخول دخلوا معه، وإلا انتظروه على الباب ليلازموه بعد الخروج، ولا يمنعوه من التصرف والكسب والسفر حال الملازمة، ولا يحبسونه في مكان خاص: لأنه حبس، بل يدورون معه، حيث شاء، لأنه بذلك يتمكن الدائن من حمل المدين على قضاء الدين[٣].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه: إذا ثبت إعسار المدين عند الحاكم، لم يكن لأحد مطالبته وملازمته، بل يمهل إلى أن يوسر، لأنه إذا ثبتت العسرة إستحق النظرة إلى المسيرة، كما لو كان الدين مؤجلا[٤]. ويبدو أن رأي الجمهور هو الراجح، لما فيه من تيسير على المدين وإعطائه الحرية الكاملة في تصريف أحواله.

---

[١] الدردير، الشرح الصغير، ٣٥٢/٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي ٢٧٢/٣.
[٢] الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٣/٧.
[٣] ابن الهمام، فتح القدير، ٣٢٩/٧.
[٤] ابن قدامة، مغني المحتاج ١٥٦/٢، البهوتي، كشاف القناع، ٤٠٦/٣، الدردير، الشرح الصغير، ٣٧٠/٣.

**ب- الحبس:**

إن المقرر شرعاً أنه يجب على المدين إيفاء ديونه إذا كان موسرا، فإن كان معسراً فيمهل إلى وقت اليسار عملا بنظرة الميسرة، وإن كان مماطلا في الوفاء، وله مال يفي بدينه للحال، حبسه الحاكم[١].

وانقسم الفقهاء في ذلك إلى رأيين:

ذهب الحنفية والمالكية[٢] إلى جواز حبس من عليه الدين حتى يقضيه إذا كان موسراً قادرا على الوفاء تأديبا له، وتشديدا عليه، لقوله –عليه الصلاة والسلام-: "لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته"[٣].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم حبس المدين المفلس، فإن كان قادرا على الوفاء يطلب منه فورا لقوله –صلى الله عليه وسلم-: "مطل الغني ظلم" فإن ماطل وله مال ظاهر، وكان من جنس الدين أخذ منه وفاء لدينه، وإن لم يكن المال الذي بيده من جنس الدين يبادر الحاكم أن يتريث في البيع لئلا يباع مال المدين بثمن بخس[٤].

## رابعا- بيع مال المدين المحجور عليه من قبل الحاكم وقسمة ثمنه بين الغرماء:

اتفق الفقهاء[٥] على أن يباع مال المدين المحجور عليه بسبب الفلس، ويقسم الثمن بين الغرماء بالمحاصة أي بنسبة ديونهم، ويفضل أن يكون البيع فوريا بعد الحجر، لئلا يطول زمن الحجر عليه، ومبادرة لبراءة ذمته، وإيصال الحق إلى ذويه، ويستحب للحاكم وقت البيع أن يحضر المفلس أو وكيله، لفوائد منها ضبط متاعه، والتعريف بها، كما يستحب إحضار الغرماء لأن البيع لهم، وربما رغبوا في شيء فزادوا ثمنه[٦].

ويقدم في البيع ما يخاف فساده كالفواكه والبقول، ثم ما يتعلق به حق كالمرهون ويمكن إجمال رأي الفقهاء على قولين كما يأتي:

---

[١] الشوكاني، نيل الأوطار، ٢٤٠/٥.
[٢] السرخسي، المبسوط، ١٨٨/٢٣، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٧٢/٩.
[٣] صحيح البخاري ٦٢/٥، سنن ابن ماجه ٨١٠/٢ رقم الحديث ٢٤٢٧.
[٤] الشيرازي، المهذب، ٣٢٧/١، النووي، روضة الطالبين، ١٣٧/٤، الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٦١/١.
[٥] الدردير، الشرح الصغير، ٣٥٧/٣، الشيرازي، المهذب، ٣٢٢/١.
[٦] ابن قدامة، المغني، ٤٤١/٤.

**القول الأول:** وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة[1] الذين ذهبوا إلى جواز بيع الحاكم مال المفلس عليه ليأخذ منه غرماءه، لأن الغاية من الحجر على المدين تحقيق مصلحة الدائنين.

**القول الثاني:** الإمام أبو حنيفة، حيث يرى أنه لا يجوز الحجر على المدين ولا يبيع ماله، والعروض والعقار في ذلك سواء، بل يحبسه الحاكم حتى يفي دينه دفعاً لظلمه، وإيصالاً للحق إلى مستحقه وأجاز أبو حنيفة مبادلة أحد النقدين بالآخر إستحسانا لقضاء دينه[2].

بعد استعراض أقوال الفقهاء نرى أن ما ذهب إليه الجمهور من جواز بيع الحاكم مال المدين المفلس عليه، أرجح من قول أبي حنيفة وذلك صيانة للمدين من تراكم الديون، وحفظاً لمصلحة الدائنين في أخذ حقوقهم كاملة.

## خامسا- حق الاسترداد:

يعني استرداد الدائن عين ماله الذي وجده في مال المفلس، متى حُجر على المدين المفلس ووجد بعض الدائنين عين ما باعه للمفلس باقياً على حاله لم يتغير فهل له الحق في استرداده أم يكون أسوةً مع الغرماء؟ اختلف الفقهاء في ذلك إلى رأيين:

**الرأي الأول:**

يرى الحنفية أن البائع أسوة الغرماء في عين ما باعه للمفلس، وليس له فسخ العقد واسترداد السلعة ولا يكون أحق بالمال من بقية الدائنين[3].

**الرأي الثاني:**

يرى الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة أن الدائن وهو صاحب السلعة أذا باع سلعته من إنسان قبل فلسه فوجدها بعينها عند المدين بعد فلسه، فهو أولى بها من الغرماء، وله أن يأخذها لأنه يملك الفسخ، وفي ذلك مصلحة للغرماء إلا أن يتركها ويختار المحاصة مع الغرماء بثمنها[4].

إن ما ذهب إليه الجمهور هو أرجح وأحق للدائنين في ضمان حقوقهم كاملة.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ٤٢٠/٣.
(2) السرخسي، المبسوط، ١٦٤/٢٤، الكاساني، بدائع الصنائع، ٤٤٧٦/٩.
(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٩٩/٥.
(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٨٢/٣، الشيرازي، المهذب، ٣٢٩/١، النووي، روضة الطالبين، ١٤٧/٤.

## سادسا- تعلق الدين بالتركة وانتقالها للورثة:

إذا مات المدين قبل وفاء ديونه وله تركة فإن الدين يبقى في ذمته كما كان، ويتعلق بعين ماله، ولا فرق في ذلك بين المفلس وغيره، ويكون موته مفلساً كالحجر عليه وكما يأتي:

**القول الأول:** يرى الحنفية والمالكية والإمام أحمد في رواية عنه: عدم انتقال التركة إلى الورثة إذا كان على المدين المفلس دين، ولا يثبت لهم الملك في التركة حتى يقوموا بسداد الدين وتنفيذ الوصايا لقوله تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين"[١] فلو تصرف الورثة في التركة قبل سداد الدين فُسخ تصرفهم لأنه في غير محله لدعم الملكية، فإن أذن الدائنون للورثة صح تصرفهم[٢].

**القول الثاني:** يقول الشافعية ورواية عن الإمام أحمد، إن التركة تنتقل إلى الورثة محملة بالدين سواء كان الدين لله كالحج أولا دمي "من ترك حقا أو مالا فلورثته"[٣] لأن تعلق الدين بالمال لا يمنع نقل الملك للورثة، فإن تصرف الورثة في التركة ببيع، أو غيره صح تصرفهم وعليهم أداء الدين[٤]، والراجح ما يراه أصحاب الرأي الأول وهو عدم إنتقال التركة إلى الورثة حتى يستوفي الدائنون حقهم، ولا ملكية للورثة إلا إذا زادت أموال التركة على الديون.

## انتهاء حالة الإفلاس:

اتفق الفقهاء على أنه إذا تم بيع أموال المفلس، ومن ثم قسمت على الغرماء زال الحجر عنه، لأن الحكمة من الحجر حفظ حقوق الغير من الدائنين، لكنهم اختلفوا في طريقة فك الحجر على قولين:

**القول الأول:** ذهب المالكية، والصاحبان محمد، وأبو يوسف، والشافعية، والحنابلة في رواية: إلى أن الحجر لا ينفك عن المفلس إلا بحكم الحاكم، لأن الحجر بسبب الدين، وهو يفتقر إلى القضاء، وقد ثبت عن طريق القضاء فلا يزول إلا بحكمه[٥].

---

[١] النساء: آية ١٢.
[٢] ابن قدامة، المغني، ٤٨٤/٤ن ابن حزم، المحلى، ١٧٤/٨.
[٣] سبق تخريج الحديث.
[٤] الشيرازي، المهذب، ٢٣٤/١، النووي، تكملة المجموع، ٣٤/١٣.
[٥] ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٦٥/٢، النووي، روضة الطالبين، ١٢٧/٤.

**القول الثاني:** قال الشافعية، والحنابلة في الرواية الثانية: إن الحجر يزول عنه من غير حكم الحاكم، لأن المعنى الذي لأجله حجر عليه وهو حفظ المال على الغرماء، قد زال، فزال الحجر[١].

والراجح ما يراه أصحاب القول الأول لأن الحجر ثبت عن طريق القاضي، فلابد أن ينتهي كذلك عن طريق القاضي[٢].

**رأي القانون:**

إن من أهم آثار شهر إعسار المدين هو عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيه، فقد كان الدائنون قبل شهر إعسار مدينه موكلين إلى الدعوى البوليصة، لا يستطيعون أن يجعلوا تصرفات المدين غير ساريه في حقهم، إلا بعد أن يثبتوا أن المدين المعسر، قد تصرف عن طريق الغش للاضرار بحقوق دائنيهم، وأن المتصرف له كان أيضًا سيء النية، إذا كان التصرف معارضة، ولكن بعد شهر إعسار المدين فكل تصرف يصدر منه من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى، ويكون من شأنه أن ينقص من حقوقه كالبيع والهبة، أو يزيد في التزاماته كالقرض مثلا، وإن أي وفاء يقوم به أي دين حال، كذلك لا تقع المقاصة إذا لم تتحقق شروطه، إلا بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار[٣] يكون غير سار في حق الدائنين، وذلك دون حاجة إلى اثبات إعسار المدين؛ فهو ثابت بشهر الإعسار ودون حاجة إلى إثبات سوء نية المدين، أو سوء نية المتصرف له، ولو كان التصرف معاوضة. [٤]

إن من أهم آثار الحجر في القانون، تعيين حارس قضائي (وغالباً ما يكون المدين نفسه) يقوم بحراسة الأموال التي تدخل ضمن الحجر(٥)، ويترتب على ذلك مسؤوليتة عن أي تبديد في الأموال إذ يعد عند تصرفه في الأموال الموجودة لديه خائناً للأمانة، مما يحمله مسؤولية جزائية عن ذلك[٦]، ومن الغني عن الذكر أن أي تصرف يرمي به المدين إلى تفضيل دائن على آخر،

---

[١] الشيرازي، المهذب ٢٣٤/١٠، النووي، تكملة المجموع، ٣٢٧/١٣.
[٢] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ٤٧٨/٥.
(٣ ) السنهوري، شرح القانون المدني، الإلتزامات العامة، ١٢٣٢/٣
(٤ ) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، ص٥٧.
(٥ ) م ٢٧١ ف١، القانون المدني العراقي
(٦ ) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، ص ٥٧.

بالوفاء له قبل حلول دينه أو بعد حلول الدين أو بأعطائه ضماناً لدينه، يكون غير سار في حق الدائنين الآخرين[١].

وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب انتهائه بقي التصرف غير نافذ في حق الدائنين، ولكنه يبقى ايضاً قائماً بين المدين المتصرف له[٢] وقد ذكر القانون المدني بأنه يترتب على الحكم بالحجر على المدين إلا ينفذ في حق دائنيه جميعاً تصرفه في حال الموجود والذي يوجد بعد إقراره بدين لاخر وذلك منذ تسجيل الاستدعاء[٣]

---

(١ ) قرار محكمة التمييز الاردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٨/١٥٤٦ - (هيئية عامة): (تاريخ ٢٠٠٨/٦/٢ ١. لمحكمة الاستئناف بمقتضى المادة ٢٠٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الخيار في اتباع قرار النقض الصادر عن الهيئة العادية لمحكمة التمييز أو الإصرار على قرارها السابق . ٢. ان الحجر لغة هو المنع ومنه سمي العقل حجراً لأنه يمنع الإنسان من فعل ما يضر ولا يليق، قال تعالي (( هل في ذلك قسم لذي حجر)) أي لذي عقل. وإن الحجر في اصطلاح الفقهاء هو المنع من التصرف القولي، والحجر على أقوال المحجور عليه إنما يكون في الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر أما ما تتمخض نفعاً له فلا حجر فيها ( الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات للدكتور مصطفى السباعي والدكتور عبد الرحمن الصابوني / طبعة ١٩٦٥ صفحة ١٨). إن العلة من الحجر على المدين المفلس صيانة حقوق دائنيه باعتبار أمواله جميعها ضامنة للوفاء بها بمقتضى المادة ٣٦٥ من القانون المدني. وإن المشرع الأردني وحماية لتلك الحقوق قد خول الدائنين مباشرة : - ١- الدعوى غيره له من: - ١- التصرف في ماله (الموجود والذي يوجد بعد) بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع .٢- بالإقرار بدين لآخر.صيانة لحقوق دائنيه وحفاظاً على ضمانات الوفاء بها وإن منع المحجور لا يتجاوز ذلك إلى تصرفاته النافعة في ضوء صراحة نص المادة ٣٨١ ق.م. وما قال به الفقهاء. وإذا كانت نتيجة هذه الدعوى في صالح المميز المدعي فإنها تقوي الضمان العام لديونه، وإن لم تكن كذلك فليس فيها إضعاف لذلك الضمان. وعليه فإن للمذكور مصلحة في هذه الدعوى وهي مقدمة ممن يملك الحق في تقديمها كما انتهت لذلك الهيئة العادية لمحكمة التمييز بقرار النقض وخلافاً لما انتهت إليه محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه، مما يوجب نقضه عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين لا يمنع من ان يبقى التصرف قائماً فيما بين المدين والمتصرف له ولوترك الدائنون العين دون ان ينفذ عليها بقيت في ملك المتصرف له لأن المتصرف لا يزال قائماً).

(٢ ) شرح القانون المدني السوري ، نظرية الالتزام العامة ، ج٢ ، ص١٦٦- ١٦٧

(٣ ) المادة ٣٨١ مدني اردني تقابلها المادة ٢٧٤ من القانون المدني العراقي

نفهم من نص المادة أعلاه بأنه ليس بإمكان المدين أن يتصرف أي تصرف ضار بحق دائنيه، فهو لا يستطيع أن يبيع أمواله أو أن يهبها أو يرهنها[١].

كذلك لا يجوز للمدين المحجور عليه بعد صدور الحكم بالحجر، أن يقر بدين جديد في ذمته، وذلك لاحتمال أن يلجأ بواسطة هذا الإقرار إلى تهريب بعض أمواله من متناول أيدي دائنيه، كذلك لا يستطيع المحجور عليه وفاء أحد الدائنين من دينه دون غيره من الدائنين، وذلك عملاً بالمساواة الفعلية بين الدائنين. [٢]

ويوجد إستثناء واحد في قاعدة عدم نفاذ تصرفات المدين المعسر، وهوما يجوز به أن يبيع المدين ماله ولو بغير رضا دائنيه بشرطين الأول أن يكون البيع بثمن المثل، فإن نقص عن ثمن المثل فإن التصرف لايكون سارياً في حق الدائنين إلا إذا اكمل المشتري الثمن أي ما يعادل ثمن المثل[٣] الثاني أن يودع المشتري الثمن كله، بما في ذلك تكملته إلى ثمن المثل، في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين فيوزع بينهم، وفقاً لإجراءات التوزيع، وهذا الأستثناء لا ضرر فيه على الدائنين، ولا يتم إنهاء الإعسار والحجز على المدين إلا بصدور قرار من القاضي بإنهاء إعساره أو انتهاءه بإحدى طرق الانهاء التي سبق ذكرها.

---

(١ ) راجع قرارمحكمة التمييز الاردنية، تمييز حقوق رقم ٩٦٠ \٨٨ .منشور في مجلة نقابة المحامين ، العددان الثامن والتاسع، السنة الثامنة والثلاثون، اب، ايلول ، ١٩٨٨ م، ص١٨٢٣ ،وقد جاء في القرار بأنه: ( على محكمة الاستئناف ان تعالج دعوى الوصي لابطال عقد البيع الذي ابرمه البائع الموصي عليه بعد الحجر عليه دون مراجعة الوصي او المحكمة الشرعية بضوء احكام المادة (١٢٧).من القانون المدني التي تبين شرعية تصرف السفيه المحجور عليه من عدمها قبل ان تقرر بطلان عقد البيع مستنده ١١٦ مدني والمادة ١٧٤ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية، اذ ان المادة ١٢٧ مدني اردني المذكورة التي تجيز المحكمة الحجر على السفيه تشترط تبليغ قرار الحجر للمحجور عليه واعلانه للناس وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة) انظر د. حسن علي الذنون ، احكام الالتزام، ص١١٨.

(٢ ) انظر د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان الاردن ، ٢٠٠٣ ، ٣٧١/٢

(٣ ) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الاعمال التحضيرية ٦٨٣/٢ السنهوري، ص١٢٣٣

## المبحث الثالث

## المال المثقل بالإلتزامات المالية

### المطلب الأول: في المال المثقل بالرهن

قبل أن نبين معنى المال المثقل بالرهن نبين المقصود بالرهن لغة وشرعاً. وذلك كما يأتي:

**الفرع الأول: تعريف الرهن**

**أولاً: الرهن لغةً**

ما وضع عندك لينوب مناب ما أُخذ معك: رهان ورهون ورهن، رهين، رهينة. وعنده الشيء كمنع وأرهنه: جعله رهناً. وارتهن منه: أخذه ورهنته لساني، ولا يقال: أرهنته، وكل ما احتبس به شيء فرهينة ومرتهنة[١].

**ثانياً: الرهن اصطلاحاً**

(حبس مال وتوقيفه في مقابل حق يمكن استيفاؤه منه ويسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً)[٢].

**شرح التعريف:**

والمراد بالحبس في قوله «حبس المال» جعل المال محبوساً ليصبح كونه فعلاً للراهن، أي جعل الراهن إياه محبوساً، وإلا فإن الحابس حقيقة هو المرتهن ليس هو الرهن المحدود، بل ثمرته وغايته.

وقوله (بمقابل حق) أي مالي ولو مجهولاً.

وقوله «يمكن استيفاؤه» أي استيفاء هذا الحق منه، أي من الرهن بمعنى المرهون.

وقوله «يسمى ذلك المال مرهوناً ورهناً»: أي وهو حقيقة في الأول ومجاز لغوي في الثاني، من إطلاق المصدر وإرادة المفعول أو حقيقة عرفية[٣].

---

(١) الفيروز آبآدي، القاموس المحيط، ١ /١٢٠٢.
(٢) المادة ٧٠١ من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية، تأليف العلامة محمد خالد الأتاسي، مطبعة حمص، سوريا، ١٩٣٣، ١٣٢/٣.

**الفرع الثاني: مشروعية الرهن**

والرهن مشروع بالكتاب والسنة والإجماع ودليل ذلك ما يأتي:

**١. الكتاب**

قوله تعالى ﴿ فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾[١].

**٢. السنة**

ما روي عن عائشة: «أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل ورهنه درعاً من حديد» وفي لفظ آخر «توفي ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير»[٢].

وفي الحديث أيضاً دليل على جواز معاملة الكفار فيما لم يتحقق تحريم العني المتعامل فيها وجواز رهن السلاح عند أهل الذمة لا عند أهل الحرب بالاتفاق، وجواز الشراء بالثمن المؤجل وقد تقدم تحقيق ذلك.

**٣. الإجماع**

هو قول الجمهور على صحة الرهن في الحضر وخالف مجاهد، حيث يرى ان الرهن لا يشرع الا في السفر حيث لا يوجد كاتب وقال ابن حزم أن شرط المرتهن الرهن في الحضر لم يكن له ذلك، وأن تبرع به الراهن جاز، وحمل أحاديث الباب على ذلك.

قال العلماء: والحكمة في عدوله صلى الله عليه وسلم عن معاملة مياسر الصحابة إلى معاملة اليهود، إما بيان الجواز، أو: لأنهم لم يكن عندهم إذ ذاك طعام فاضل عن حاجتهم أو خشي أنهم لا يأخذون منه ثمناً أو عوضاً فلم يرد التضييق عليهم[٣].

---

(١) البقرة، ٢٨٣.

(٢) أخرجهما، أحمد والنسائي وابن ماجة مثله عن حديث ابن عباس، حدثنا عبد الله بن معاوية الجمحي حدثنا ثابت بن يزيد حدثنا بلال بن ضباب عن عكرمة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مات ودرعه رهناً عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير، نيل الأوطار، محمد بن علي الشوكاني، كتاب الرهن، مسألة، الجزء الخامس، دار الحديث، طبعة أولى، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣، ص٢٧٧.

(٣) الشوكاني، نيل الأوطار، ٥ /٢٧٨.

**رأي القانون:**

إن الرهن الحيازي يرد على العقارات والمنقولات سواء كانت خاضعة لإجراءات التسجيل مثل المكائن والسيارات[1]، وفي حالة وجود نص خاص مثل قانون كتاب العدول الجديد المرقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ العراقي حيث نصت المادة (٣٠) منه على أن «لا تنعقد التصرفات القانونية على الماكنة إلا بتسجيلها لدى دائرة مكاتب العدل».

والمال المرهون هو المحل في الرهن الحيازي أي الشيء الذي يقع عليه العقد وفي الوقت نفسه الشيء الذي يقع عليه الاعتداء سواء أكان من المالك أم من الغير، والشرط الذي يتميز به المحل في الرهن الحيازي عن المحل في الرهن التأميني هو وجوب منقولٍ قابلٍ للحيازة، وذلك لأن جرائم الأموال تقع على أن يكون مالاً.

المال المنقول وتتحقق بنقل حيازة المال من المجني عليه إلى الجاني.

شروط المال المرهون، شروط المحل في الرهن الحيازي الذي يكون محلاً للاعتداء:

أولاً: أن يكون المرهون مما يصح التعامل فيه، إن الأصل في الأموال أن تكون قابلة للتعامل فيها ما لم تقضِ طبيعتها غير ذلك أو نص القانون على خلاف ذلك، يعني أنه يصح رهن الأموال بصورة عامة ما لم يتحقق أي نوع من الاستحالة، فالاستحالة قد تكون مادية وقد تكون قانونية فالاستحالة المادية تتحقق عندما يراد مثلاً رهن ماء النهر.

أما الاستحالة القانونية فتتحقق عندما يرد الرهن على مال نص القانون على عدم السماح برهنه كالأموال العامة والعقارات الموقوفة وقفاً صحيحاً.

كذلك لا يجوز رهن حق الاستعمال، وحق السكنى لأنهما حقان شخصيان بصاحبهما، فلا يصح التصرف فيهما بخلاف حق المنفعة فرهنه جائز[2].

---

(١) هذه المنقولات يطلق عليها الدكتور علي البارودي «المنقولات ذات الصفة الخاصة» بحث في مجلة الحقوق، بغداد، ص٣١.

(٢) محمد طه البشير/ د. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢، ص٤٩٩.

ثانياً: أن يكون المرهون مما يمكن بيعه بالمزاد استغلالاً، فقد ذكر القانون المدني العراقي بأنه «يجوز أن يكون محلاً للرهن الحيازي كل ما يصح التعامل فيه ويمكن بيعه من عقار ومنقول وديون»[١].

إذن لا يكفي في المرهون أن يكون مما يجوز التعامل به بل يجب أن يكون قابلاً للبيع بالمزاد العلني استغلالاً وهو شرط لازم في حالة الرهن التأميني[٢].

وذلك لأن طبيعة الرهن سواء كان حيازياً أم تأمينياً فهو يخول صاحبه حق التقدم على ثمن المرهون وهذا ما يستلزم وجوب بيعه بالطريق الذي حدده القانون وهو طريق البيع بالمزاد العلني[٣] .

لذلك لا يجوز رهن حقوق الارتفاق مستقلة عن العقار المقررة لمنفعته ولكن إذا رهن العقار فإن الرهن يشملها لأنها تعتبر من ملحقاته ويجوز رهن الحقوق التبعية رهناً حيازياً.

ثالثاً: يجب أن يكون المرهون مملوكاً للراهن، كما ذكر القانون العراقي على أنه «يشترط فيمن يرهن مالاً توثيقاً لدين عليه أو على غيره أن يكون مالكاً للمرهون أو متصرفاً فيه»[٤].

كما ذكر القانون الأردني ذلك بقوله «يجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه»[٥].

كما ذكر القانون الأردني «يشترط في الراهن هنا حيازياً بدين عليه أو غيره أن يكون مالكاً للمرهون وأهلاً للتصرف فيه»[٦].

يعني هذا أنه يجب أن يكون الراهن مالكاً للمرهون لكي يستطيع أن يتصرف فيه فإن لم يكن مالكاً له لا يستطيع أن يتصرف أي تصرف لأن فاقد الشيء لا يعطيه.

---

(١) المادة ١٣٢٨ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، ص٢٦١.
(٢) محمد طه البشير، الحقوق العينية الأصلية التبعية، ص٤٩٩.
(٣) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الاحتياز، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥، ص١٩١.
(٤) المادة ١٣٢٥ من القانون المدني العراقي، ص٢٦.
(٥) المادة ١٣٢٤-١ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦، ص٣٣١.
(٦) المادة (١٣٧٩-١) من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦،ص٣٤٢.

رابعاً: يجب أن يكون المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة، لأنه عندما يقع الرهن على شيء معين بالذات يجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة، فيوصف وصفاً مانعاً للجهالة ويجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره[١].

خامساً: يجب أن يكون المرهون قابلاً للحيازة وعندما لا يكون المرهون قابلاً للحيازة، لا يجوز رهنه حيازياً، وعليه ؛ لا يجوز رهن الأشياء المستقبلية لأنه لا يمكن حيازتها في الحال فهي لم توجد بعد[٢].

ولا يلزم الحيازة الحقيقية بل تكفي الحيازة الرمزية لذلك أجاز المشرع العراقي رهن الديون مع عدم تصور حيازتها حقيقية، بل يكتفي بحيازة الذات المثبتة لها، فإذا لم يكن الشيء قابلاً للحيازة حتى ولو كانت رمزية كالدين غير الثابت بالكتابة كان رهنه باطلاً[٣].

وقد وافق المشرع الأردني المشرع العراقي في ذلك بقوله في المادة ١٣٧٩ «يشترط في الرهن رهناً حيازياً بدين عليه أو غيره أن يكون مالكاً للمرهون وأهلاً للتصرف فيه»[٤].

## المطلب الثاني: المال المثقل بالكفالة

### الفرع الأول: تعريف الكفالة:

**اولاً: الكفالة لغة:** الضمان، أصلها الضم، ومنه قولهم: كفل فلان فلاناً إذا ضمّه إلى نفسه يمونه ويصونه، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا ﴾[٥].

والكفل: مواصلة الصيام وهو الضم بين الصيامات في الأيام.

ويقال هو الذي لا يأكل أو يصل الصيام أو الذي جعل على نفسه ألا يتكلم في صيامه[٦].

قال الشيخ البسطامي: الكفالة في اللغة الضم قال الله تعالى: «وكفلها زكريا» أي ضمها إلى نفسه، وأما معناها في الشريعة، فهو ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين.

---

(١) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩، ص٣١٨.

(٢) نصت المادة ١٣٧٣ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ٧٦ على «يشترط في المرهون رهناً حيازياً أن يكون مقدور التسليم عند الرهن صاعاً للبيع».

(٣) أجمع فقهاء الشريعة على عدم جواز رهن الأموال المستقبلية وشذ عن هذا الإجماع بعض المالكية كابن القاسم وابن الماجشون فقالا بجواز رهن الثمار قبل بدء صلاحها انظر في ذلك محمد طه البشير د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ص٥٠٣.

(٤) يعني هذا أن المشرع الأردني ذكر الدين ولا يمكن حيازة الدين حقيقة وإنها حيازة السندات المثبتة له.

(٥) آل عمران: ٣٧.

(٦) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ٤٥/٤.

**ثانياً: الكفالة شرعاً:**

وعرّفها الحنفية بأنها «ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقاً بنفس أو بدين أو عين»[(١)].

وعرفها المالكية: بأنها «التزام مكلف ديناً على غيره، أو التزام المكلف مطالبته شخصاً عليه الدّين لمن الدّين له»[(٢)].

وعرفها الشافعية: بأنها عقد «يتضمن التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونة، أو بدن من يستحق حضوره»[(٣)].

وعرفها الحنابلة: بأنها «ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق»[(٤)].

من خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أن الكفالة لها ثلاثة أنواع: وهي الكفالة بالنفس والكفالة بالدين والكفالة بالعين والذي وضحه تعريف الحنفية وأشارت إليه بقية التعريفات.

**رأي القانون:**

لم يكن يختلف مركز الكفيل في أول عهود القانون الروماني عن مركز المدين المتضامن فهو ملتزم بصفة أصلية مثله مثل المدين الأصلي، فلم تكن الكفالة عند ذاك تتميز عن التضامن بل كانت هي والتضامن شيئاً واحداً وقد كان هناك شكل واحد يلتزم به كل من الكفيل، والمدين المتضامن.

وفي فترة لاحقة بدأت تظهر صفة التبعية لالتزام الكفيل كما في حالة الدفع بالتجريد وفي العمل ظهرت الكفالة التضامنية ليتخلص الدائن من هذه الدفوع[(٥)].

فقد تناول كل من القانون الأردني والقانون العراقي أحكام الكفالة.

فمثلاً في القانون العراقي تناول أحكام الكفالة من المادة (١٠٠٨-١٠٤٧) حيث جاء في نص المادة (١٠٠٨) الكفالة هي «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام».

---

(١) الحصكفي، محمد بن علي، الدر المختار، مع رد المحتار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م، ٢/ ٥٥٣.

(٢) الدردير، أحمد، الشرح الصغير مع بلغة السالك لأقرب المسالك، ٣ /٢٧٢.

(٣) الكردي لمجي، محمد أمين، تنوير القلوب في معاملة علام الغيوب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥م، ص٣٢١.

(٤) ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، المغني مع الشرح الكبير، ٥/ ٧٠.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، الجزء العاشر، ص٢٢.

يعني هذا أن الكفالة هي زيادة في الثقة والتأمين لدى الدائن إذ لولا هذه الكفالة قد لا يعطي الدائن الدين للمدين وتتم الكفالة بإيجاب وقبول من الكفيل والمكفول له (المدين).

أما في القانون المدني الأردني فقد عرفتها المادة (٩٥٠) منه بقولها: «ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام».

من خلال هذا التعريف يتضح أن الكفالة عقد يتم بين الدائن والكفيل، دون المدين، ولا يشترط في عقد الكفالة موافقة أو رضاء المدين بل يمكن أن يتم دون علمه، ومع ذلك فإن المدين ليس بغريب تماماً عن الكفالة، حيث إن هذا العقد ما تم إلا ليضمن التزام هذا المدين[١].

ويجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل ولا يستطيع الكفيل بعد أن تتم الكفالة أن يخرج نفسه منها[٢]، ولكنه يستطيع الخروج منها قبل ترتب الدين في ذمة الأصيل في الكفالة المعلقة والكفالة المضافة[٣].

**الفرع الثاني: مشروعية الكفالة:**

إن الكفالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

**١. في الكتاب**

قوله تعالى:﴿ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾[٤].

والزعيم هو الكفيل، لأن الزعيم والكفيل والحميل والضمين والقبيل كلها بمعنى واحد[٥].

**٢. الدليل من السنة**

ما رواه سيدنا أبو هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ρ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: هل ترك لدينه فضلاً؟ فإذا حُدّث أنه ترك لدينه وفاءً صلّى وإلا قال للمسلمين صلوا على

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٢، ص٢٤٥.
(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة) الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦، ص١٨١.
(٣) د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المجلد الأول، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص١٦٠.
(٤) يوسف، الآية ٧٢.
(٥) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، ، ١٥١/٩.

صاحبكم، فلما فتح الله عليه الفتوح، قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن تُوفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه، ومن ترك مالاً فلورثته»[١].

والحديث صريح في كفالة المدين المعسر المتوفي، ولذلك أورده الإمام البخاري في كتاب الكفالة من صحيحة.

وأيضاً ما رواه سيدنا أبو إمامة رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ρ يقول في الخطبة عام حجة الوداع: «العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي»[٢].

**٣. الدليل من الإجماع**

الإجماع منعقد على جواز الكفالة، فقد أجمع المسلمون على جوازها لحاجة الناس إليها، ولدفع الضرر عن المدين[٣].

بعد أن بينا الرهن والكفالة شرعا وقانونا لابد لنا من أن نبين مدى إمكانية تصرف المفلس فيما إذا كان (راهنا أو كفيلا)، مع العلم أنه سبق ذكرها في المبحث الثاني من الفصل ذاته، ولكن نوضحها هنا بالتفصيل لأنها تعتبر من الالتزامات المالية وكما يأتي:-

بشكل عام نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه (لا تعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر، ولكن تعتبر في حق أمواله التي اكتسبها بعد الحجر) [٤].

بعد أن بينا الرهن والكفالة شرعا وقانونا لابد لنا من أن نبين مدة أمكانية تصرف المفلس فيما إذا كان (راهنا أو كفيلا) وكما يأتي:-

---

(١) البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، المجلد٢، كتاب الكفالة، باب ٣٣٠ الدين، حديث رقم ٥٣١، ٢٠٧/٣.
(٢) الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة، الجامع الصحيح، سنن الترمذي، كتاب البيوع باب (٣٩) ما جاء أن العارية مؤداة.١١٦٠/٣.
(٣) ابن قدامة المقدسي، عبد الله بن أحمد، المغني مع الشرح الكبير، ٧١/٥.
(٤) المادة١٠٠٢، مجلة الأحكام العدلية، ص٢٨٥.

**١ -الرهن :-**

يعتبر من التصرفات الجائزة بشكل عام، هل يجوز للمفلس أن يرهن ما يملك بعد إعلان الحجر عليه؟.

إن عقد الرهن عقد عيني يشترط فيه تسليم المال محل الرهن إلى المرتهن أو إلى يد عدل وفي موضوعنا هذا لا يجوز للمفلس أن يرهن ماله كلا أو بعضا منه بعد إعلان الحجر عليه، لأنه ممنوع من التصرف بأي فعل من شأنه إضعاف ضمان دائنيه والرهن لا يتحقق إلا بتسليم العين (المرتهن أو ليد عدل) [١].

ولكن الحال يكون مختلفا فيما إذا رهن المفلس ماله قبل إعلان الحجر عليه فالحكم يكون كالآتي:-

يعتبر رهنه صحيحا ويعد المرتهن غريما كسائر الغرماء إلا إذا كانت العين عنده، كذلك يجوز للمرتهن أو يد العدل أن يبيع العين محل الرهن ويستوفي ماله منها.

ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غُرِم القيمة، لأنه أتلف مال غيره، لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه.

ولو مات الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء، لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات، فيبطل به حكم الرهن، أما بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا[٢].

"ويحاصص المرتهن مع الغرماء في الموت والإفلاس، حيث حصلا قبل بدو الصلاح فإذا أصلح الرهن بيع، فإن وفيّ رد للغرماء ما أخذه في الماحصة وإلا يفي الرهن بدينه ويعتبر محاصا للغرماء بما بقي له من دينه بعد أختصاصه بما أخذه من الثمن لا بالجميع كما لو كان عليه ثلثمائة دينار وخمسون ديناراً فإن الثلاثة يتحاصون فيها فيأخذ كل خمسين نصف دينه وإنما دخل المرتهن معهم لأن دينه متعلق بالذمة لا بعين الرهن"[٣].

من خلال ما سبق يتضح لنا أن الرهن يكون جائزا للمفلس، ولكن قبل إعلان الحجر عليه، ولذلك لأن الحجر يعتبر قيدا يحد من تصرفاته التي تضعف ذمته المالية حفاظا على حقوق دائينيه، وفي كل الأحوال إذا كان الرهن يقع على عين من أموال المدين فإن المرتهن يكون مقدما على غيره بيع العين، وأستيفاء دينه منها، ويقسم الباقي بين الغرماء، أما إذا كان الرهن متعلقاُ بدين معلوم

---

(١) المرغيناني،الهداية شرح بداية المبتدي، ٢٨١/٣.
(٢) المرغيناني ،الهداية شرح بداية المبتدي، ٤٣٣/٤.
(٣) الشيخ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك،١٠١/٢.

القدر كمبلغ من النقود، أي تعلق الدين بذمة وليس بعين معين فهنا يعتبر المرتهن كسائر الغرماء يتقاسم معهم المبلغ الموجود لدى الراهن المفلس دون تفضيل على سائر الغرماء(١).

**٢ -الكفالة :-**

إن الضابط لصحة الكفالة هو وقوعها بإذن من المكفول مع معرفة الكفيل له، كذلك يصح ضمان المعسر للمال، وتنتهي الكفالة بتسليم الدين للدائن أو العين محل الكفالة.

ولا يشترط رضا المكفول له وهو الأصح كما لا يشترط رضا المضمون له، فلو تكفل به بلا إذن منه لم تلزمه إجابة الكفيل فليس للكفيل مطالبته.

إلا أن أبا حنيفة ومحمداً قالا: لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس(٢).

وإذا طالب المستحق الضامن بالدين، فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء للدين المضمون له ليبرأ الضامن(٣).

وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره، يعني هذا أن يمكن لأي شخص أن يكفل المفلس سواء بعلمه أم بغيره، ولكن الأمر يختلف فيما إذا كان بعلمه أم بغير علمه.

فمثلا إذا كانت الكفالة بعلمه رجع بما أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره.

وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه، وقوله: رجع مما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن.

لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب له كما إذا ملكه بالهبة أو الإرث(٤).

نفهم مما سبق بأن الشخص سواء كان مفلسا أم غير، معسرا أم موسرا، يمكن لأي شخص أن يكفل عنه وسواء كانت الكفالة بعلمه أو بدون علمه.

فالمفلس يمكن لأي شخص أن يكفله ويكفل عنه أداء الدين.

---

(١) الشيخ أحمد الصاوي،بلغة السالك لأقرب المسالك، ص١٠٢.
(٢) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ٩٣/٣.
(٣) الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة طبع، ٢٠٨/١-٢٠٩.
(٤) المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، كتاب الكفالة، ٩٢/٢.

**المطلب الثالث: المال المحجوز**

لكي نبحث في المال المحجوز يتطلب منا بيان ماهية المال المحجوز شرعاً وقانوناً ثم أنواع الحجوزات التي تقع على المال أي الحجز القضائي والحجز الإداري.

**الفرع الاول: تعريف الحجز**

**اولا: الحجز لغة**

الحجز لغة: المنع والكف أو الدفع أو الفصل يقال حجزت بين الشيئين حجزاً من باب قتل فصلت، ويقال سمّي الحجاز (حجازاً) لأنه فصل بين نجد والسراة، وقيل بين الغور والشام، وقيل لأنه احتجز بالجبال (واحتجز) الرجل بإزاره شده في وسطه[١].

**ثانيا: المال المحجوز شرعاً**

يقصد بالحجز (الحجز في الشريعة الإسلامية هو من الوسائل الشرعية الممنوحة للدائن والتي يستطيع من خلالها استيفاء دينه كله أو بعضه، من المدين المعسر.

وبما أنه قد سبق ذكر الحجر وتعريفه في جميع المذاهب وبيان شروطه والحكمة من وجوده وتشريعه فلا نرى داعيا لذكرها مجدداً.

ولكن لا بد لنا من أن نذكر أن المال المحجوز هو المال الذي يقع تحت طائلة الحجر ويمكن أن ندرج حق حبس العين ضمن المال المحجوز وذلك لأن الشريعة الإسلامية أقرت في حالات عديدة جواز احتباس المال لاستيفاء حق مالي منه وهذا الاحتباس حق عيني، يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة، ويمتاز عنهم في استيفاء حق من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم[٢].

والمقصود بحق حبس العين هو «الحق المُعطى لشخص في يده شيء يخص مدينه بأن يحتفظ بهذا الشيء حتى يدفع له صاحبه الدين الواجب عليه»[٣].

ويعتبر حق الحبس من الوسائل التنفيذية التي تعطى للدائن في بعض الحالات لاستيفاء دينه من المدين المعسر.

---

(١) الفيومي, المصباح المنير، ١٢٢/١.

(٢) الزرقاء مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي دار الفكر، دمشق، سوريا، ط٦، بدون سنة طبع، ٣٨/٣-٣٩.

(٣) د. محمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط ١٩٨٣، ص٥١٩.

إن حبس العين قد يكون من حق الدائن أحياناً وذلك بمقتضى اتفاق الطرفين ومثال ذلك عقد الرهن حيث نصت مجلة الأحكام العدلية على ذلك بقولها:

«حكم الرهن أن يكون للمرتهن حق حبس الرهن لحين فكاكه وأن يكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء الدين من الرهن إذا توفي الراهن»(١).

كذلك يمكن أن يكون حق الحبس في عقود المعاوضة فمثلاً يجوز لأحد المتعاقدين أن يرفض التنفيذ ما دام الطرف الثاني لم يقم بما عليه من التزامات وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على جواز حبس العين من قبل البائع إذا كان المشتري لم يسدد ثمنها بقولها: «في البيع بالثمن الحال ـ أعني غير المؤجَّل ـ للبائع أن يحبس المبيع إلى أن يؤدي المشتري جميع الثمن»(٢).

وذلك لأنه إذا كان «ثمن المبيع بعضه معجلاً، فإذا كان حالاً جميعه، فللبائع وقف المبيع حتى يقبض ثمنه، وإذا كان بعض الثمن معجلاً وبعضه مؤجلاً، فللبائع حبس المبيع إلى أن يقبض البعض المؤجل، لأن حق الحبس لا يقبل التجزؤ»(٣).

كذلك يعتبر من حق الحبس ما ورد في مجلة الأحكام العدلية ونصه: «يصح للأجير الذي لعمله أثر، كالخياط والصباغ والقصار، أن يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة إن لم يشترط نسيئتها، وبهذا الوجه لو حبس ذلك المال وتلف في يده لا يضمن، ولكن بعد تلفه ليس له أن يستوفي الأجرة»(٤).

## رأي القانون:

يعني وضعه في يد القضاء تقييداً لتصرفات صاحبه بعينه للمحافظة على حقوق الدائن الحاجز(٥).

والحجز وسيلة من وسائل التضييق المالي على المدين، يلجأ إليها الدائن بغية المحافظة على حقه، والحجز لا يؤثر على ملكية الأموال المحجوزة لكنه يقيد تصرف صاحبها فيها تقييداً يؤمن حقوق الدائن، مع عدم الإضرار بالمدين على قدر الإمكان.

وقد عرّف البعض الحجز بأنه:

---

(١) المادة ٧٢٩ من مجلة الأحكام العدلية، ص١٥١.
(٢) المادة ٧٧٨ من مجلة الأحكام العدلية، ص٢٧١.
(٣) حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ٢٢٥/١.
(٤) المادة ٤٨٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ص١٧٣.
(٥) علي مظفر حافظ، شرح قانون التنفيذ الطرفي، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٠، ص٤٠١.

«وسيلة لقهر المدين على الوفاء بالحقوق والتي بمقتضاها يتم التنفيذ من قبل السلطة العامة على أموال المدين التي يجيز القانون التنفيذ عليها حيث تحجز وتباع وتسدد حقوق الدائنين من أقيامها»[1].

ولكي ندخل في تفاصيل المال المحجوز لا بد لنا من أن نتطرق إلى أقسامه:

**الفرع الثاني: اقسام المال المحجوز عليه:**

**المقصد الاول : المال المحجوز عليه قضائياً:**

وهو المال الذي يتم الحجز عليه عن طريق القضاء أي بعد إقامة دعوى من قبل الدائنين ويكون الحجز القضائي على نوعين:

أ. الحجز الاحتياطي.

ب. الحجز التنفيذي.

**الاول: الحجز الاحتياطي:**

إن المقصود بالحجز الاحتياطي «وضع المال تحت يد القضاء»[2].

ويكون ذلك من خلال طلب يتقدم به الدائن إلى رئيس دائرة التنفيذ للترخيص بإلقاء الحجز الاحتياطي على أموال مدينة تأميناً لدينه[3].

إن السبب من وضع المال العائد للمدين تحت يد القضاء يعود إلى منع المدين من التصرف في أمواله تصرفاً يضر بالدائن مثلاً السعي لتهريب المال أو أي تصرف يقصد به الإضرار بالدائن إلا أنه في كل الأحوال لا يخرج المال من ملكه لذلك شرعت جميع القوانين قيوداً تحد من تصرف المدين المعسر حفاظاً على حقوق الدائنين.

فهو الإجراء القضائي الذي يوقعه القاضي بناءً على طلب من الدائن، يمنع القضاء بموجبه المدين من القيام بأي تصرف في أمواله أو بجزء منها مهما كان هذا التصرف سواء أكان تصرفاً مادياً أم قانونياً، إذا كان من شأنه إخراج ذلك المال من ضمان الدائن، وهذا هو الحجز الاحتياطي الذي

---

(١) د. سعيد عبد الكريم مبارك، أحكام قانون التنفيذ العراقي، رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، الطبعة الأولى، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩، ص١٣٥.
(٢) د. الوفا، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ط٣، ص٤٧١.
(٣) د. الرفاعي، حسن محمد، العسرة المادية بين الشريعة والقانون، ، ص٢٣١.

ينظم أحكامه وإجراءاته قانون المرافعات المدنية[١] وهو غير الحجز التنفيذي الذي ينظم أحكامه قانون التنفيذ[٢].

إن سبب لجوء الدائن إلى طلب الحجز الاحتياطي على أموال مدينه عندما يصل إلى مرحلة الخوف من إعسار مدينه أو إفلاسه أو هربه، هو ضمان ما بذمته من دين له، حيث إن هذا الحجز يمنعه من التصرف في ماله بأي تصرف كان كالبيع أو الهبة أو ما شابه ذلك.

بعد أن يتحقق الدائن من عجز مدينه عن تسديد ما عليه من ديون، وبعد حصوله على حكم بالحجز الاحتياجي، وفي حالة عدم وجود سند تنفيذي لدى الدائن يتقدم الأخير إلى المحكمة المختصة بدعوى إثبات الدين ويحصل على حكم ويتحول الحجز من احتياطي إلى تنفيذي.

والحكم القابل للتنفيذ هو الحكم القطعي أو الحكم الابتدائي بالإلزام المشمول بالنفاذ المعجل، وهذا الحكم هو الحكم الوحيد القادر على تحويل الحجز من حجز احتياطي إلى تنفيذي.

أما الحكم الصادر بإثبات الحجز فلا يعتبر مثبتاً لحق الدائن، وعليه لا يستطيع تحويل الحجز من حجز احتياطي إلى حجز تنفيذي[٣].

---

(١) خصص قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل الباب الأول من الكتاب الثالث المواد من (٢٣١-٢٥٠) لبحث هذا النوع من الحجز.

(٢)د. سعيد عبد الكريم مبارك، د. آدم وهيب النداوي، شرح أحكام قانون التنفيذ، الموصل، ١٩٨٤، ص١٢٥.

(٣) د. عمر نبيل، إسماعيل، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط١، بدون تاريخ، ص٣٠١.

**شروط الحجز الاحتياطي:**

لتحقق الحجز الاحتياطي ووقوعه على أموال المدين يشترط توافر الشروط الآتية:

١. أن يكون بيد الدائن دليل. كالسند الرسمي، أو السند العادي[1] ويجب أن يحوي السند ديناً معلوم المقدار ومستحق الأداء وغير مقيد بشرط[2].

فمثلاً إذا كان الدين شيئاً مثلياً يجب أن يكون محدداً على أساس وحدة الحجم أو القياس، أو الوزن أما إذا كان الدين مبلغاً من النقود فيجب أن يكون معلوم المقدار.

وكما ذكرنا فإن الدين أو الحق يجب أن يكون مستحق الأداء، لذلك لا يجوز تنفيذ الالتزام المضاف إلى أجل إلا عند حلول ذلك الأجل، وكذلك الحال بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف، إذ أن العلة تكمن في أن هذا الحق غير محقق الوقوع فقد يتحقق أو لا يتحقق، ومن ثم لا يجوز المطالبة به ولا يجوز توقيع الحجز الاحتياطي عليه.

وعليه لا يجوز تنفيذ الحكم القاضي بالغرامة التهديدية لأنها ليست نهائية فقد تقضي المحكمة عليه بأقل منها أو حتى تعفي المحكوم عليه منها نهائياً.

ولا يكفي وجود السند بيد الدائن سواء أكان سنداً رسمياً أم عادياً، بل لا بد من أن يحصل الدائن على أمر من المحكمة بتوقيع الحجز على أموال مدينه المنقولة، والعقارية سواء كانت لديه أم لدى شخص ثالث[3].

ويكون الحجز بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته، ولا يصدر أمرالمحكمة إلا بعد وقوع طلب إيقاع الحجز ويجوز وقوعه قبل إقامة الدعوى، كما يجوز وقوعه بنفس عريضة الدعوى عند إقامتها.

---

(١) ١. السندات الرسمية: هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يده أو ما أدى به ذوي الشأن في حضوره، ويعتبر من قبيل السندات الرسمية شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك.
٢. السندات العادية: هي أوراق مكتوبة بشأن تصرف قانوني ولا يتدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها، فالمصدر القانوني الوحيد في إنشاء السند العادي واكتسابه لحجته في الإثبات هو التوقيع الذي يعتد== ==به القانون، للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، بغداد، ١٩٨٦، ص٩٨-١٠٧.

(٢) تنص المادة ٢٣١ من قانون المرافعات العراقي على ما يأتي:
«لكل دائن بيده سند رسمي أو عادي بدين معلوم مستحق الأداء وغير مقيد بشرط أن يستصدر أمراً من المحكمة بتوقيع الحجز الاحتياطي على أموال مدينه المنقولة والعقارية الموجودة لديه أو لدى شخص ثالث بقدر ما يكفي لوفاء الدين وملحقاته».

(٣) عبد الجبار التكرلي، شرح قانون الإجراء، مجموعة محاضرات ألقاها على طلبة الصف المنتهي لكلية الحقوق، مطبعة التفيض، بغداد، ١٩٥٢، ص٥٧.

٢. في حالة عدم وجود سند رسمي أو عادي يستطيع الدائن أن يقدم أوراقاً أخرى تتضمن الإقرار بالكتابة، أي أن تتضمن هذه الأوراق مبدأ الثبوت في الكتابة وهي كل كتابة صادرة عن الخصم من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال أي تثبت هذه الأوراق انشغال ذمة المطلوب الحجز على أمواله[١]، ويترك تقدير صحة هذه الأوراق للمحكمة[٢].

٣. يجوز الاستناد إلى الشهادة في طلب الحجز[٣] إذا كانت الدعوى مما يمكن إثباتها بشهود وهذه الحالات هي:

أ. الوقائع المادية.

ب. وجود أو انقضاء التصرف القانوني إذا كانت قيمته لا تزيد على خمسة آلاف دينار أما إذا كانت قيمته تزيد على خمسة آلاف دينار فلا يجوز الإثبات بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك[٤].

٤. وجود مبدأ الثبوت في الكتابة حسب حكم المادة (٧٨) من قانون الإثبات[٥]، التي تنص على أنه «يجوز أن يثبت الجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته في الكتابة في حالتين»:

أ. إذا فقد السند الكتابي لسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه.

ب. إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي.

---

(١) القرار التمييزي المرقم (٤ ـ مستعجل ـ ٩٦١) في ١٩٦١/١/١١، د. سعيد عبد الكريم مبارك، أحكام قانون التنفيذ، ص١٦٧.

(٢) نصت على ذلك المادة (٢٣١) مرافعات عراقي بقولها «يجوز طلب الحجز ولو لم يكن هناك سند إذا قدم الدائن أوراقاً أخرى تتضمن الإقرار بالكتابة وترى المحكمة كفايتها بذلك».

(٣) نصت المادة ٢٣١ مرافعات عراقي بقولها «إذا كانت الدعوى مما يمكن إثباتها بشهود فيجوز الاستناد إلى الشهادة في طلب الحجز».

(٤) تم تعديل المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي، وحلت المادة الثامنة من القانون رقم (٤٦) لسنة ٢٠٠٠ والتي أشارت إلى استبدال مبلغ الغرامة من خمسين ديناراً إلى خمسة آلاف دينار.

(٥) نصت المادة (٧٨) من قانون الإثبات على أنه «يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسين دينار إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود حق المدعي به قريب الاحتمال».

٥. أن لا تكون الأموال المطلوب حجزها من الأشياء التي لا يجوز حجزها قانوناً(١).

على الدائن طالب الحجز أن يقدم كفالة رسمية أو تأمينات نقدية مقدارها عشرة بالمائة من قيمة الدين المطالب به أو أن يضع عقاراً مساوياً في قيمته النسبة المذكورة آنفاً على الأقل وذلك لضمان ما قد يلحق من ضرر بالمحجوزة أموالهم.

أما فيما يخص الدوائر الرسمية وشبه الرسمية فيكتفي بتعهد الدائرة بأداء المصاريف والضرر في حالة تحقق عدم أحقية الحجز الواقع وحسب قانون المرافعات(٢).

**الثاني: الحجز التنفيذي:**

هو الحجز الذي تضعه دائرة التنفيذ لقاء سند من سندات التنفيذ، يكون فيه الحق محل السند محقق الوجود معين المقدار، حال الأداء، غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

ولا يؤثر الحجز في ملكية الأشياء المحجوزة بل تبقى ملكاً للمحتجز ولكن ليس له حق التصرف فيها من بيع أو رهن وما شابه ذلك، وإذا تصرف بها اعتبر تصرفه باطلاً تجاه الحاجز أو دائرة

---

(١) لتحقق إمكانية وقوع الحجز لا يكفي أن يكون المال مملوكاً للمدين وقابلاً للتصرف فيه بل يجب أن يكون المال مما يجيز ويسمح المشرع بالحجز عليه، لأن المشرع قد يمنع الحجز على بعض الأموال حماية لمصلحة عامة أو خاصة وهذه الأموال وحسب قانون التنفيذ العراقي هي:
أموال الدولة والقطاع الاشتراكي.
الأموال والأعيان الموقوفة وقفاً صحيحاً.
ما يكفي لمعيشة المدين ومن يعيلهم من وارداته.
الأثاث المنزلية الضرورية للمدين مع أفراد عائلته إلا إذا كان الدين ناشئاً عن ثمنها.
الآلات والأدوات اللازمة للمدين لممارسة صنعته ومهنته ما لم يكن الدين ناشئاً عن ثمنها.
المؤونة اللازمة لإعاشة المدين وأفراد عائلته لمدة شهر واحد.
الكتب الخاصة بمهنة المدين.
عدد وأدوات المزارع والفلاح الخاصة بالزراعة.
الثمار والخضراوات وجميع المحصولات قبل أن تكون لها قيمة مادية.
ما زاد عن الخمس من الراتب والمخصصات بما في ذلك مخصصات غلاء المعيشة التي يتقاضاها العسكري والموظف.
السفاتج وسندات الأمر وسائر الأوراق التجارية القابلة للتداول.
آثار المؤلف والصور والخرائط واللوحات الفنية الأخرى قبل طبعها.
العلامة الفارقة والعنوان التجاري وبراءة الاختراع.
مسكن المدين أو من كان يعيلهم بعد وفاته.
عقار المدين الذي يتعيش من وارداته التي لا تزيد على حاجته وحاجة من كان يعيلهم بعد وفاته.
العقار بالتخصيص إلا تبعاً للعقار الذي خصص له للمزيد من التفاصيل انظر في ذلك، د. سعيد عبد الكريم مبارك، أحكام قانون التنفيذ، ص١٦٤-١٦٧.

(٢) نصت المادة (٢٣٤) عراقي على أنه: يجب أن يقدم طالب الحجز كفالة رسمية وتأمينات نقدية مقدارها عشرة بالمائة من قيمة الدين المطالب به أو يضع عقاراً قيمته النسبة المذكورة على الأقل للحجز عليه ضماناً لما يترتب على الحجز من ضرر إذا ظهر أن طالب غير محق بالنسبة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية فيكتفي منها تعهد الدائرة بأداء الضرر والمصاريف إذا ظهر أن الحاجز غير محق».

التنفيذ وإذا اتبع التصرف تسليمه المال للغير أو بدد المحجوز فيصبح عمله جريمة يعاقب عليها القانون[١].

وعند تأييد الحجز الاحتياطي من قبل المحكمة يصبح بمثابة حجز تنفيذي.

فمثلاً إذا أودع حكم تأييد الحجز الاحتياطي لدى مديرية التنفيذ فلا تقوم المديرية بوضع حجز تنفيذي جديد على الأموال المحجوزة احتياطياً بل وبعد المدة المقررة بمذكرة الأخبار بالتنفيذ وبطلب من الدائن يقرر المنقذ العدل إذا لم يوف المدين، ضاء، بيع المال المحجوز واستيفاء المحكوم به من ثمنه[٢].

**المقصد الثاني: المال المحجوز عليه إدارياً**

هو المال الذي يكون محجوزاً من دوائر الدولة والقطاع الاشتراكي، مقابل دين في ذمة المدين وتختلف الحالة فيما إذا كان الدائن شخصاً عادياً، عما إذا كان الدائن دائرة من دوائر الدولة أو القطاع الاشتراكي.

**الحالة الأولى:**

إذا كان الدائن شخصاً عادياً، فإن المال المحجوز هنا يكون محجوزاً حجزاً تنفيذاً، عندما يبادر الدائن بتنفيذ الحكم الصادر من المحكمة ويتضمن هذا الحكم إلزام المدعي عليه (المدين) بمقدار معين من المال وعند تصديق الحجز الاحتياطي على مال سواء كان منقولاً كالمركبة والأثاث وما إلى ذلك، أو عقاراً فإن مديرية التنفيذ وبناءً على طلب الدائن تقرر قلب الحجز الاحتياطي إلى حجز تنفيذي وتباشر بإجراءاتها التنفيذية الأخرى لبيع المحجوز لتسديد طلب الدائن من حصيلة التنفيذ (بيعه).

إن موضوع قلب الحجز الاحتياطي إلى حجز تنفيذي هو مجرد قرار يتخذه المنفذ العدل وليس فيه إجراءات أخرى عدا قول المنفذ العدل (قررت قلب الحجز الاحتياطي إلى حجز تنفيذي) ذلك لأن مديرية التنفيذ هي التي تقوم بتنفيذ الحجز التنفيذي على أموال المدين تمهيداً لبيعها ولا ينحصر الحجز التنفيذي بمديرية التنفيذ على الأحكام القضائية فحسب وإنما يمكن أن ينفذ الدائن محرراً تنفيذياً كالأوراق التجارية ثم بعد تبليغ المدين بمذكرة الإخبار بالتنفيذ.

---

(١) علي مظفر حافظ، شرح قانون الإجراء، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٠، ص٢٣٣.
(٢) د. آدم وهيب النداوي، أحكام قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٣، ص١٢٣.

أجاز القانون الحجز على أموال المدين، على أن تكون هذه الأموال يجيز القانون الحجز عليها[1]، ويشترط في تقديم طلب الحجز التنفيذي، ورفعه وبيع المال المحجوز أن يكون بطلب من الدائن، وقرار من المنفذ العدل وحسب ما ورد في المادة (٥٥) تنفيذ إلا أن مجلس قيادة الثورة قد أجاز في قراره المرقم (١٠٤٠) في ١٩٨٠/٦/٢٩ وضع الحجز على أموال المدين وبيعها ولو لم يطلب الدائن ذلك وقد أجاز ذلك لأجل استيفاء النفقات من المدين بالرغم من عدم طلب الدائن، لسد حاجة الدائن من مأكل وملبس وعلاج[2].

**الحالة الثانية:**

إذا كان الدائن أحد دوائر الدولة الرسمية أو شبه الرسمية، أو القطاع الاشتراكي في حالة إخلال المتعاقدين من المدنيين مع المذكورين أعلاه، وعند النص في العقد على استحصالها بموجب قانون تحصل الديون الحكومية يتم التحصيل وفق هذا القانون، فقد نصت المادة (٣) من قانون تحصيل الديون الحكومية رقم (٥٦) لسنة ١٩٧٧ على أنه «إذا تأخر المدين عن دفع أي مبلغ من المبالغ المذكورة في المادة الأولى في الموعد المعين فعلى الموظف المخول بتطبيق هذا القانون أن ينذره بوجوب تسديد الدين خلال (١٠) أيام اعتباراً من اليوم التالي لتبليغه بالإنذار»

أما المادة الخامسة فقد نصت على الحجز الذي يتم بموجب هذا القانون حيث نصت على أنه «إذا لم يدفع الدين عند انتهاء مدة الإنذار فيصدر المخول بتطبيق القانون قراراً بحجز أموال المدين المنقولة بما يعادل مقدار الدين، فإن لم تكف يجري حجز أمواله غير المنقولة بما يعادل الدين».

من خلال ما سبق يتضح أن هناك أموالاً محجوزاً عليها قضائياً، وهي المشمولة بالحجز الاحتياطي وأموالاً محجوزاً عليها إدارياً، وهي إما الأموال التي تخضع للحجز بموجب قانون تحصيل الديون الحكومية.

عليه يثبت لنا بأن الحجز هو سلطة الدولة في أن تضع قيوداً على المال العائد للمالك (المدين المفلس) وأن هذا الحجز من شأنه تقييد حرية المالك في التصرف في ماله وأن أي تصرف يقوم به المالك بعد وضع الحجز يعتبر تعدياً على حقوق الغير الذين وضع الحجز لأجلهم واعتداء على إرادة الدولة عندما قررت الحجز على هذه الأموال، ويمكن أن يعتبر تصرفه جريمة يعاقب عليها قانوناً ويأثم عليها شرعاً.

---

(١) الأصل أن جميع أموال المدين تكون قابلة للحجز منقولة كانت أم عقارية هذا فيما يخص الملكية الفردية المفرزة، أما الأحكام الأخرى للملكية فمثلاً الملكية المعلقة على شرط فاسخ يجوز التنفيذ عليها كذلك الملكية الشائعة.

(٢) عبود صالح مهدي التميمي، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لعام ١٩٨٠، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص١٤٠.

# الفصل الثالث

## التكييف الشرعي والقانوني لفعل المالك المفلس بتصرفه في ماله المثقل بالديون.

إن قيام المالك (المدين المفلس) بالاعتداء على المال المثقل بالديون يثير اللبس حول التكييف الشرعي والقانوني لهذا الفعل مما يجدر بنا أن نبحث في مدى إمكانية اعتبار الفعل جريمة سرقة لوجود التشابه في بعض الأركان والأفعال لذا لابد لنا من أن نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث كما يأتي:

**المبحث الأول: هل يمكن اعتبار الاعتداء على الديون جريمة سرقة وبحثها في نطاق الشريعة؟**

**المبحث الثاني: هل يمكن اعتبار الاعتداء على الديون جريمة سرقة وبحثها في نطاق القانون؟**

**المبحث الثالث: هل يمكن اعتبار الاعتداء على الديون جريمة خيانة امانة وبحثها في نطاق الشريعة؟**

**المبحث الرابع : هل يمكن اعتبار الاعتداء على الديون جريمة خيانة امانة وبحثها في نطاق القانون؟**

**المبحث الخامس: هل يمكن اعتبار الاعتداء على الديون جريمة خاصة؟**

## المبحث الأول

## هل يمكن اعتبار الاعتداء على الديون جريمة سرقة وبحثها في نطاق الشريعة؟

للبحث في جريمة السرقة شرعاً لابد لنا أن نبحث في ماهية هذه الجريمة وأركانها وأحكامها لذلك قسمنا هذا المبحث إلى عدة مطالب، نتناول في المطلب الأول ماهية السرقة ثم نبحث في المطلب الثاني أركان السرقة وأخيراً نوضح في المطلب الثالث حكم جريمة السرقة.

### المطلب الأول: ماهية السرقة

للبحث في ماهية السرقة لا بد لنا من تعريف السرقة لغة واصطلاحاً

**أولاً: السرقة لغة:**

سَرقَ الشيء سَرقَهُ سَرقاً وسَرِقاً وآستْرَقهُ.

والاسم: السَّرق والسرقة بكسر الراء فيهما- والسارق عند العرب: [1] من باب جاء مستتراً إلى حرز فأخذ منه ما ليس له، والمسارقة والاستراق والتسرق: اختلاس النظر والسمع ومنه قوله تعالى: ﴿ إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ فَأَتْبَعَهُۥ شِهَابٌ مُّبِينٌ ﴾ [2].

وقيل: سُرِقَ منه مالاً: أُخذ ماله خفية – بضم الخاء وسكون الفاء وفتح الياء – فهو سارق وجمعه سراق[3].

**ثانيــاً: السرقة اصطلاحاً:**

**١ -الحنفية:**

عرف الكمال بن الهمام السرقة فقال: "هي أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها، خفية عمن هو متصد للحفظ، مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلاشبهة"[4].

---

(١) ابن منظور، لسان العرب، ص٣ .
(٢) الحجر الآية: ١٨.
(٣) الفيروز آبادي، القاموس المحيط ٢٥٣/٣.
(٤) ابن الهمام، فتح القدير، ٣٥٤/٥.

٢ ـ**المالكية:**

عرف ابن عرفة السرقة بأنها:"أخذ مكلف حراً لا يعقل لصغره أو مالاً محترماً لغيره، نصاباً أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه"(١).

٣ ـ **الشافعية:**

عرف الشربيني السرقة بأنها : " أخذ المال خفية ظلماً، من حرز مثله بشروط"(٢).

٤ ـ**الحنابلة:**

عرفها البهوتي بأنها: "أخذ مال محترم لغيره، وإخراجه من حرز مثله، لا شبهة له فيه، على وجه الإختفاء"(٣).

من خلال ما سبق نلاحظ أن التعريفات كلها ذكرت عنصر الخفية على اعتبار أن السرقة لا تقع علنا فلو وقعت علنا قلنا كان ذلك غصبا للمال .

أن تعريف الشافعية للمال أدق من باقي التعريفات لذكرهم كلمة شروط حيث أن هذه الشروط قد تختلف من حالة إلى حالة دون تحديد لحالة معينة.

## المطلب الثاني: أركان السرقة

**اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد أركان السرقة فقد جاء عند الحنفية**

" إن ركن السرقة الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار"(٤)

**وجاء عند المالكية:**

"أركان السرقة ثلاثة: المسروق ونفس السرقة والسارق"(٥).

---

(١) ابن عرفة، حدود ابن عرفة، ٦٤٩/٢.
(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ١٥٨/٤.
(٣) البهوتي، كشاف القناع، ١٢٩/٦.
(٤) ابن نجيم، البحر الرائق ٦٠/٥.
(٥) الحطاب، المواق بهامش مواهب الجليل ، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ، ١٩٨م، ٣٠٥/٦.

**وجاء عند الشافعية:**

"وأركان القطع ثلاثة: مسروق وسرقة وسارق"(١).

**وقد عبر الحنابلة:**

"عن ذلك بالشروطعندهم"أن القطع لا يجب إلا بشروط سبعة: أحدهما: السرقة.. الشرط الثاني: أن يكون المسروق نصاباً... الشرط الثالث: أن يكون المسروق مالاً، الشرط الرابع: أن يسرق من حرز يخرجه منه الشروط الخامس: والسادس والسابع: كون السارق مكلفاً وتثبت السرقة ويطالب بها المالك بالمعروف وتنتفي الشبهات"(٢).

هذه الشروط التي ذكرها الحنابلة، لا تخرج عن حقيقة الأركان التي ذكرها الجمهور وعلى ذلك فتكون أركان السرقة ثلاثة:

١ -المال المسروق.

٢ -السارق.

٣ -السرقة(الأخذ).

**الفرع الأول: المسروق**

وهو الشيء الذي تقع عليه جريمة السرقة ويجب أن تتوفر فيه شروط ليعتبر ركنا من أركان السرقة:

**الشرط الأول: أن يكون المسروق مالاً**

المراد بهذا الشرط أن يكون المسروق ذا قيمة مالية في نظر الشريعة الإسلامية، وذلك بأن تبيح الشريعة تموله وتملكه وبيعه(٣).

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ١٥٨/٤.
(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٤٢/٨.
(٣) القرطبي، تفسير القرطبي، مطبعة الشعب، طبعة أولى، ٢١٦٤ص.

فإذا لم يكن المسروق ذا قيمة مالية لا يجوز قطع يد سارقة، وكما لو كان المسروق خمراً أو خنزيراً أو كلباً[١] أو آلة من آلات اللهو[٢]، أو ميته، وخالف ابن حزم في الميتة حيث أوجب القطع بسرقتها[٣].

**الشرط الثاني: أن يكون المسروق نصاباً**

هناك قولان في تحديد النصاب كما يأتي:

القول الأول لجمهور الفقهاء:" من حنفية[٤] ومالكية[٥] وشافعية[٦] وحنابلة[٧]. وهو أن الحد بالقطع لا يقام على السارق إلا إذا بلغ المسروق نصاباً معيناً، وإن قل المسروق عن النصاب فلا قطع على السارق بل عليه التعزير فقط بما يراه الحاكم.

القول الثاني: لداود الظاهري[٨]وهو وجوب القطع على السارق في القليل والكثير[٩] دون اشتراط نصاب معين[١٠].

**الشرط الثالث: أن يكون المسروق محرزاً:**

الحرز في اللغة/الموضع الحصين[١١]

الحرز في اصطلاح الفقهاء: ما نصب عادة لحفظ الأموال، كالدور والحوانيت[١٢].

---

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ١٦٠/٤.
(٢) السرخسي، المبسوط، ١٥٣/٩.
(٣) ابن حزم، المحلى ، ٣٣٥/١١.
(٤) ابن الهمام، فتح القدير، ٣٥٥/٥.
(٥) الزرقاني، الزرقاني على الموطأ، دار الفكر، طبعة ١٤٠١هـ- ١٩٨١، ١٥٥/٤.
(٦) المزني، المزني بهامش الأم، طبعة الشعب، ٥/ ١٦٩.
(٧) ابن قدامة، المغني ، ٨/ ٢٤٢.
(٨) داود بن علي بن خلف الأصبهاني: أبو سليمان، الملقب بالظاهري، أنظر في ذلك، الإعلام للزركلي، ٣٣٣/٢.
(٩) العسقلاني، إرشاد الساري، الطبعة السادسة، ٢٠٣/٧.
(١٠) خلافا لابن حزم الذي اشترط النصاب في المسروق بربع دينار إذا كان ذهباً أما إذا كان غير ذهب فإنه يقطع بسرقة القليل والكثير، المحلى، مصد سابق، ٣٥١/١١.
(١١) اسماعيل بن حماد الجوهري، صحاح الجوهري، تحقيق احمد عبدالغفور، دار العلم، ١٩٩٠م ، ٤٠/٢،.
(١٢) د. أحمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية و القانون، دار الكتاب الجامعي، الإمارات العربية المتحدة ، العين، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٣م، ص ١٥٨.

**الشرط الرابع: أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق.**

يعني أن المال المسروق يجب أن يكون داخلاً في ملك مالك؛ حيث أن الخلاف قائم بين الحنفية والجمهور فالحنفية ذهبوا إلى عدم القطع بسرقة ما أصله على الإباحة كصيد البر والبحر والحطب إلا أن الجمهور ذهب (الشافعية، المالكية، والحنابلة) إلى أن مباح الأصل محل السرقة إذا دخل في ملك مالك أيا كان جنسه[1].

ولا يشترط أن يكون في يد الملك فعلاً وقت السرقة بل يكفي أن يكون في يد صحيحة مثل يد المالك، وكل يد صحيحة على الشيء المسروق، كيد الأمين والمضارب والمودع والمستعير والوكيل والمرتهن والمستأجر وعامل القراض، فإذا سرق أجنبي من المال الذي ثبتت عليه يد واحد من هؤلاء. قطع[2] لأن هؤلاء ينوبون عن المالك في حفظ المال وإحرازه، وأيديهم كيده، قاله ابن قدامة.[3]

**الشرط الخامس: أن يكون المال المسروق متمولاً**

ذهب الحنفية إلا أبا يوسف إلى اشتراط عدم التفاهة في المال المسروق زيادة على ما اشترط الجمهور من التقوم المطلق – يقتضي ذلك أن يكون المال مما يتموله الناس ويدخرونه.

أما ما لا يتمولونه لعدم عزته وقلة خطره، وكان مما يتسارع إليه الفساد كالطعام فإن "أخذه" ليس سرقة تقطع بها اليد[4].

أما الجمهور(الشافعية ، الحنابلة، المالكية، وأبو يوسف من الحنفية) ذهبوا إلى وجوب القطع بسرقة المال وإن لم يكن مما يتموله الناس[5].

**الفرع الثاني:الســـارق**

إن الكلام عن السارق يتطلب منا البحث بشكل مختصر عن الشروط الواجب توافرها فيه لكي يجب إقامة الحد عليه شرعاً كما يأتي:

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع: ٦٨/٨.
(٢) الغزالي ،شرح الوجيز ١٩٨/١٤.
(٣) ابن قدامة، المغني ١٨٨/٩.
(٤) الكاساني، بدائع الصنائع: ٦٥/٨.
(٥) السيوطي، تنوير الحوالك بشرح الموطأ ٤٧/٢.

**الشرط الأول: البلوغ**

اتفق جمهور[١] الفقهاء على أنه يشترط في السارق لكي يقام عليه الحد شرعاً أن يكون بالغاً، فإن كان صبياً فلا وجه لإقامة الحد عليه.

ودليلهم في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام :"رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل"[٢].

**الشرط الثاني: العقل[٣]**

اتفق جمهور الفقهاء على أنه يشترط في السارق حتى تجب إقامة الحد عليه بالقطع أن يكون عاقلاً، لأن العقل مناط التكليف فإذا كان السارق مجنوناً فلا حد يقام عليه[٤].

**الشرط الثالث: الرضا والاختيار**

يقصد بهذا أن السارق يرتكب الفعل برضاه واختياره أي غير مكره ومضطر إليها فإذا كان مكرهاً إكراهاً ملجئاً[٥]. أو مضطراً فلا يقام الحد عليه باتفاق الجمهور[٦].

**الشرط الرابع: العلم بالتحريم.**

يشترط أن يكون السارق عالماً بحرمة السرقة فإذا كان جاهلاً أن السرقة محرمة شرعاً فلا حد عليه، لأن الجهل[٧] بالحكم شبهة دارئة للحد وقد أخذ الشافعية والحنابلة لاستدلالهم بقوله عليه الصلاة والسلام :"ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة"[٨].

---

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتب للنشر، بيروت، ٣٦٣/٣.

(٢) اخرجه احمد، ١٠١/١٠٠/٦، كتاب الحدود، باب رفع القلم عن ثلاثة، وأبو داوؤد ، ٥٥٨/٤، كتاب الحدود، في المجنون يسرق، الحديث ، ٤٣٩٨، والنسائي، ١٥٦/٦، كتاب الطلاق، باب : طلاق المعتوه والصغير والنائم، الحديث،٢٠٤١.

(٣) عرف الحنفية العقل "نور يبتدأ به منتهى درك الحواس فيبدو به المدرك للقلب فيدركه بخلقه تعالى" محمدامين، تيسير التحرير على كتاب التحرير في الاصول، دار الفكر للكتاب، ٢٤٥/٢.

(٤) ابن زخار، البحر الرائق ، ٥٤/٥، الخرشي ، حاشية الخرشي، ١٠١/٨.

(٥) الإكراه الملجئ: هو الذي لا يبقي للشخص قدرة ولا اختيار فيجد نفسه مضطراً إلى ارتكاب الفعل لأنه مهدد بالموت أو الضرب المبرح أو قطع عضو، أنظر في ذلك الإبهاج في شرح المنهاج، لابن عبد الكافي السبكي ، طبعه ١٤٠١هـ،١٩٨١م، ١٦١/١.

(٦) البهوتي، كشاف القناع، ١٢٩/٦، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٤٤/٤.

(٧) الجهل في اللغة: نقيض العلم والجهالة أن تعمل بغير علم، ابن منظور، لسان العرب، ٧١٣/١.

(٨) أخرجه البيهقي عن عائشة رضي الله عنها، السنن الكبرى للبيهقي ٢٣٨/٨. وصحيح الترمذي بشرح ابن العربي المالكي ١٩٨/٦.

أما الإمام مالك فقد قال: قد ظهر الإسلام وفشا فلا يعذر جاهل شيء من الحدود[١].

**الشرط الخامس: أن لا يكون للسارق شبهة[٢] في المال المسروق.**

اتفق الجمهور على اشتراط عدم وجود شبهة للسارق في المال الذي سرقه حتى تجب إقامة الحد عليه والشبهة قد تكون في الملك أو الفاعل أو المحل كسرقة الابن مال أبيه.

**الفرع الثالث: الأخذ**

الأخذ المحرم الذي جعله الشارع سرقة ورتب عليه قطع يد السارق هو ما يتحقق بهتك الحرز وإخراج مال الغير منه.

فإذا تحقق الأخذ على هذا الوجه اقتضى شرطين أساسين ليتعلق القطع به وهما الخفية والعمد ويتحقق الأخذ على مرحلتين هما:

**المقصد الأول: مراحل تحقق الآخذ**

**المرحلة الأولى: هتك الحرز**

لا يكون أخذ مال الغير سرقة إلا إذا كان ناتجاً عن هتك حرز ذلك المال وهتك الحرز يكون بعدة صور منها:

١. أن يفتح الآخذ إغلاقه ويدخل إليه من بابه.
٢. أن ينقب في جدار الحرز أو سطحه حتى يدخل إليه.
٣. أن يعلو على جداره بسلم حتى يتسور إليه فيصل إلى مطلبه[٣].

**المرحلة الثانية: إخراج المال من الحرز.**

لكي يتحقق الأخذ وتتم السرقة لابد من إخراج المال من حرزه عن طريق السارق ولا يشترط أن يكون المال المسروق من بيت أو دكان بل أن المال لو كان في مسجد أو شارع فأخذه إنسان وفصله عن عين صاحبه فإنه يكون سارقاً[٤].

ويرى جمهور الفقهاء أنه لا يشترط في ذلك دخول المسروق في حيازة السارق، بل يتم الأخذ عندهم بمجرد الإخراج من الحرز سواء دخل المسروق في حيازة السارق أم لا [٥].

---

(١) الخرشي، حاشية الخرشي، ١٠٧/٨.
(٢) الشبهة، الالتباس ( ما يشبه الثابت وليس بثابت) السبكي، الإشباه والنظائر ، ص ١٢٧.
(٣) الشيرازي، المهذب، ٢٧٩/٢.
(٤) ابن قدامة المقدسي، المغني والشرح الكبير، ١٠/ ٢٤٩.
(٥) الدسوقي،حاشية الدسوقي، ٤/ ٣٣٨.

وإذا ألقي السارق بالمسروق خارج الحرز ثم ضبط بعد أن خرج وأخذه وجب عليه القطع عند جمهور الفقهاء بما فيهم أبو حنيفة أيضاً، لأن الإخراج وحده يكفي لا يجاب القطع عندهم، والأخذ يعتبر تاماً عنده إذا ثبتت يد السارق عليه بعد الإخراج[1].

**المقصد الثاني: شروط الأخذ**

**الشرط الأول: الخفية**

معناها: أن يؤخذ الشيء من حرزه، دون علم المأخوذ منه، وبلا رضاه، كأن يسرق لص أمتعه شخص من داره في غيبته.

أما إذا حصل الأخذ بحضور المأخوذ منه من غير مغالبة فلا يعتبر سرقة، وإنما اختلاس أو غصب[2].

واشتراط الخفية في الآخذ مأخوذ من لفظ السرقة لأنها مأخوذه من "استراق" يعني الاستتار والتخفي.

وإذا انتفى شرط التخفي سقط وصف السرقة شرعا عن الفعل المرتكب ولوكان الجاني قد هتك الحرز وأخذ منه ما يقطع في مثله، وعندئذ يسمى فعله اختلاساً، أو انتهاباً[3].

يراعى شرط الخفية في الأخذ: أما ابتدأء أو انتهأء بأن يباشر السارق أسباب الأخذ خفية على أن يتم ذلك نهاراً وأما ابتداءاً فقط إذا نقب الجدار خفية وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وكان ذلك ليلاً[4].

---

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩/ ٢٢٢٣.

(٢) عبد الفتاح محمد أبو العينين، السرقة الموجبة للقطع في الفقه الإسلامي مطبعة الأمانة، مصر، ١٤٠٣هـ، ١٩٨٣م، ص ٣٠.

(٣) د. عوض محمد، دراسات في الفقه الجنائي الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية مصر، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٢١٧.

(٤) السرخسي، المبسوط،، ص ٧٥.

**الشرط الثاني: العمد(القصد الجنائي)**

هو أن يأخذ السارق الشيء وهو عالم بأنه يأخذ مالاً مملوكاً للغير بقصد تملكه دون علم المأخوذ منه ودون رضاه، واشتراط القصد الجنائي لازم لوصف الجريمة، فهو شرط أساسي لتحققها.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على توافر القصد الجنائي لتمام الأخذ المكون لجريمة السرقة وبدونه لا يكون الفعل سرقة بالمعنى الذي تقطع به يد السارق، وهو أن يعلم الآخذ أنه يأخذ مالاً مملوكاً لغيره بدون وجه حق، ويجب أن يتعلق القصد بالمال المأخوذ ابتداءاً فإذا تأخر القصد تحول الفعل إلى خيانه أمانه حيث أن الخائن يأخذ ما يؤتمن عليه(١).

## المطلب الثالث: أقسام السرقة

ان السرقة في الشريعة الإسلامية تقسم إلى قسمين : -

**القسم الاول : -**

السرقة الحدية وهي كما وردت بالنص القرآني تستوجب انزال عقوبة حدية وهي على صورتين .

**الاولى : سرقة صغرى**

وتعني أخذ مال المجني عليه خفية واستتارا والاخذ خفية اما ان يكون مباشر واما ان يكون تسبيباً .

**الثانية : سرقة كبرى**

وهي ما يطلق عليها جناية الحرابة حيث يؤخذ المال بعلم المجني عليه وبغير رضاه وعلى سبيل المغالبة والقهر(٢).

---

(١) عبد الفتاح أبو العينين، السرقة الموجبة للقطع، ص ٢٩.
(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٥/٧.

**والاصل فيها قوله تعإلى : بسم الله الرحمن الرحيم**

﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِى ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡىٌ فِى ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِى ٱلۡأَخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ (١)"

وإذا كان جزاء السرقة الصغرى قطع يد السارق فانه يكون القتل أو الصلب أو قطع الايدي والأرجل من خلاف أو النفي من ألارض عند إقتراف ألسرقة ألكبرى نظرا لخطورتها ومساسها بأمن المجتمع بأسره .

**القسم الثاني:**

**السرقة التعزيرية : وهي نوعان ولا تستوجب إنزال عقوبة حدية .**

١ -سرقة حدية لم تستكمل شروط الحد فيها أو بعد استكمالها قرر القاضي درءاُ للحد، لشبهةٍ سواء أكانت السرقة صغرى أم كبرى .

٢ - أخذ المال بعلم المجني عليه وبدون رضاه، فلا قطع على مختلس المال أو غاصبه أو أخذه على درجة الغنيمة .

وسند التعزير في النوع الأول إعمال قاعدة "درءاً الحدود بالشبهات(٢)".

وسنده في النوع الثاني قول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا قطع على نباش ولا منتهب ولا خائن(٣) "

---

(١) المائدة،٣٣،٣٤.

(٢) الدكتور محمد نعيم فرحات، شرح القسم الخاص، في التشريع الجنائي الإسلامي، دراسة تحليلية لأحكام الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي فقها وقضاءا، الحدود الشرعية، الجنايات الموجبة للقصاص، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب السادس، السعودية، ١٩٨٤م،ص٣٢.

(٣) سبق تخريج الحديث فيما سبق.

وفي قول ثاني عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " ليس على خائن، ولا مختلس، ولا منتهب قطع"

ان الغاية من تجريم السرقة في التشريعات الوضعية والشريعة الإسلامية هو إقامة مجتمع صالح يرتكز على اسس صحيحة وسليمة .

**هل يمكن تكييف فعل المفلس باعتدائه على ماله المثقل بالديون جريمة سرقة شرعاً؟**

بعد ان انتهينا من عرض جريمة السرقة شرعا في بيان تعريفها واركانها وشروطها واحكامها واقسامها وعقوبتها ،لابد لنا من التطرق إلى تكييف فعل المدين المفلس المحجور عليه باعتدائه على ماله المثقل بالديون والالتزامات المالية وهل يمكن اعتبار فعله جريمة سرقة من الناحية الشرعية؟

للإجابة على هذا السؤال لابد لنا من أن نبين طبيعة الفعل الذي يقوم به المدين على اعتبار انه يتصرف في ماله المثقل بالديون ؛ فكلنا يعلم أن المال محل السرقة يكون عائدا لغير السارق، ويتم الاستيلاء على المال خفية، وبدون علم المالك[١].

إلا ان التصرف الذي يقوم به المدين هنا هو تصرف يقع على ماله الذي تعود ملكيته له، ولكن هناك بعض الحقوق والديون والالتزامات التي يثقل بها هذا المال مما يجعل منها قيودا تقيد حرية الملك المدين المفلس من التصرف في ماله

وإن تصرفه في هذا المال يضعف من ضمان دائنيه ويقلل من الذمة المالية التي يملكها على إعتبار أنها ضمانا لدائنيه، وعليه فان أي تصرف من شأنه اضعاف الضمان يعتبر غير صحيح وغير مقبول شرعا ما دامت الغاية هي الإضرار بالغير .

ولكن هل يمكن أن ندرجه تحت جريمة السرقة إن حاول التصرف في هذا المال خفية دون علم الدائنين او السلطة العامة؟

---

(١) ابن قدامة، المغني، ٢٦٢/٨.

بالتاكيد لايمكن اعتبار هذا الفعل من الأفعال التي تندرج تحت جريمة السرقة وذلك لعائدية المال إلى المالك ، وهو المدين المفلس في الجريمة محل البحث، وعليه يمكن إعتبار هذا الفعل جريمة من نوع خاص شبيهة بجريمة السرقة لتشابه بعض الأركان ، والعقوبة المقررة لها هي عقوبة تعزيرية لأنها ليست من جرائم الحدود كما سيتم توضيح ذلك لاحقا[١].

(١) عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ٥٥٩/١.

## المبحث الثاني

## هل يمكن إعتبار الاعتداء على الديون جريمة سرقة وبحثها في القانون ؟

وصلنا إلى البحث في تكييف فعل المالك على أنه سرقة إن تم ارتكاب الفعل عن طريق الاختلاس وبخاصة أن المشرع العراقي قد أعطى حكم السرقة، وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول ماهية السرقة ونبحث في الثاني تكييف فعل المالك باعتدائه على الديون وهل يمكن اعتباره سرقة؟

### المطلب الأول: ماهية السرقة في القانون العراقي والأردني

للبحث في ماهية السرقة لابد من أن نتناول تعريفها ثم الأركان التي تقوم عليها.

#### الفرع الأول:تعريف السرقة

قد تناول المشرع العراقي السرقة وعقوبتها والظروف المشددة لها في المواد (٤٣٩-٤٤٦) من قانون العقوبات رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

فقد أورد المشرع العراقي تعريفا للسرقة في المادة (٤٣٩) بأنها "اختلاس[1].

مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً".

وذكر المشرع الأردني في المادة (٣٩٩) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ والمعدل لسنة ٢٠٠٢ على أنها "السرقة: هي اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمداً"

---

(١) الاختلاس لغة: يعني أخذ مال الغير دون رضاه وفي قانون العقوبات يستخدم المصطلح للدلالة على معنيين: الأول: المفهوم العام للاختلاس وهو انتزاع الحيازة المادية للشيء من صاحبه أو حائزة القانوني أو إلى يد الجاني أو الغير دون وجه حق، وهو بهذا المعنى ينصرف إلى وصف فعل الجاني في جريمة السرقة وحسب نص المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات.
الثاني: المفهوم الخاص والذي يفترض وجود حيازة للجاني سابقة ومعاصرة للحظة ارتكاب السلوك الإجرامي غير أن هذه الحيازة ناقصة. والاختلاس بهذا المعنى هو عبارة عن جريمة خاصة بالموظف وهي جريمة اختلاس الموظف للأموال العامة وقد نصت عليها المادة (٣١٥) من قانون العقوبات العراقي بقولها" يعاقب بالسجن كل موظف أو مكلف بخدمة عامة اختلس أو أخفى مالاً أو متاعاً أو ورقة مثبتة لحق أوغير ذلك مما وجد في حيازته". للمزيد من التفاصيل أنظر في ذلك المحامي الدكتور نائل عبد الرحمن صالح، الاختلاس، دراسة تحليلية مقارنة فقهاً وقضاءاً وتشريعاً، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٧، ص ١٥.

**الفرع الثاني: أركان السرقة**

يتضح من تعريف المشرع العراقي والأردني للسرقة بأن هذه الجريمة تستلزم ركناً مادياً يتمثل بالفعل المادي( الاختلاس) وتقتضي موضوعاً وهو المحل الذي تقع عليه وأخيراً فإنها تتطلب ركناً معنوياً يتمثل بالقصد الجنائي[١]:

لذلك سوف نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة مقاصد وكما يأتي:

**المقصد الأول: الركن المادي**

**المقصد الثاني: محل الاختلاس.**

**المقصد الثالث: القصد الجنائي**

**المقصد الأول: الركن المادي**

وهو عبارة عن نشاط جنائي وفعل مادي يتمثل بالاختلاس.

الاختلاس: هو الركن الأساسي لقيام جريمة السرقة، وبما أنه لم يرد تعريف للاختلاس في القانون فإن الفقه يكاد يجمع على تعريفه بأنه عبارة عن الاستيلاء على حيازة شيء بغير رضى مالكه أو حائزة[٢].

ويتبين من هذا التعريف أن الاختلاس عنصران: عنصر مادي هو الفعل أو الحركة المادية التي يتم بها نقل حيازة الشيء أو أخذه أو نزعه من مالكه أو حائزة وانتقال هذه الحيازة إلى الجاني، وعنصر معنوي هو عدم رضى أو علم مالك الشيء أو حائزه عن انتقال حيازة الشيء إلى الجاني أو بتعبير آخر أن يكون نزع الملكية من مالكها قسراً عليه، ورغما عنه[٣] وإدخالها في حيازة الجاني[٤].

---

(١) د. محمد حسين محمد الحمداني، عقوبة السرقة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٥، ص ٥.

(٢) أحمد أمين، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة النهضة، بغداد، بدون سنةطبع، ص ٨٥٥.

(٣) سلمان بيات، القضاء الجنائي العراقي، الجزء الثالث، قانون العقوبات البغدادي، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، بدون سنة طبع، ص ٤٢٦.

(٤) أنظر د. محمد توفيق الشاوي، جرائم الأموال، القاهرة، ١٩٥٢، ص ١٢.

**العنصر المادي للاختلاس: فعل الاختلاس**

يتحقق العنصر المادي للاختلاس عندما؛ يأتي الجاني بـ(نشاط مادي) يأخذ بمقتضاه الشيء أو ينزعه من حائزه ليدخله في حيازته بصرف النظر عن الوسيلة التي توصله إلى ذلك، إ:ذ يستوفي في ذلك استخدام اليدين أو استخدام وسائل مادية كالعصى أو وسائل حية كالكلاب المدربة، فالشرط الوحيد إذن هو أن يترتب على النشاط المادي للجاني نقل حيازة الشيء من حائزه إليه هو ،وهذا يعني أنه إذا قام بإعدام الشيء في مكانه لا يعتبر فعله سرقة وإنما يعتبر جريمة أخرى هي جريمة الإتلاف[١].

**العنصر المعنوي للاختلاس: عدم رضى المالك أو الحائز**

لا يكون الفعل اختلاساً إلا إذا أخذ الجاني الشيء بغير رضى مالكه أو حائزة، ويذهب بعض الفقهاء[٢] إلى ضرورة توافر شرطين لقيام الاختلاس:

**الشرط الأول: هو عدم علم المجني عليه.**

**الشرط الثاني:هو عدم رضاه.**

إلا أن الرأي الراجح الاكتفاء بشرط عدم الرضى فقط، فالسرقة واقعة لا محالة ولو حصل ذلك بعلمه وأمام عينيه لجواز أن يكون عاجزاً عن رد السارق أو مقاومته.

ولا يكتفي اشتراط عدم علم المجني عليه فقط، لأن الشخص قد يؤخذ ماله بغير علمه ولكن بموافقته ورضاه: كصاحب بستان يسمح لزائريه أن يقطفوا ما يشاءون من ثمار وأزهار ولا يعد فعلهم هذا سرقة[٣] ولو أخذوا ما أخذوا على مرآى من صاحب البستان[٤].

---

(١) أنظر المادة(٤٧٧) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) عرف جارسون الاختلاس بقوله:"سلب الحيازة الكاملة للشيء بغير رضاء المالك أو الحائز السابق، نقلاً عن د. حميد السعدي، النظرية العامة لجريمة السرقة، مطبعة الزهراء، بغداد، ١٩٦٨، ص ٣٢.

(٣) رزكار محمد قادر، التسليم النافي لركن الاختلاس في جريمة السرقة، بحث مقارن، مجلة زانكو للعلوم الإسلامية، العدد ١١، لسنة ٢٠٠٠، ص ١٢٣-١٢٤.

(٤) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الأموال، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع، ص ٧.

**المقصد الثاني: محل الاختلاس[١]**

تشترط المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي أن تقع السرقة على مال منقول مملوك للغير هذا أن المحل يقوم على ثلاثة عناصر:

**أولاً: أن يكون مالا[٢]**

فالمال قانوناً هو كل شيء قابل للتملك الخاص أي كل شيء يمكن أن يكون محلاً لحق من الحقوق المالية فالمال هو كل حق له قيمة مادية[٣]، أي أن كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية[٤].

**ثانياً: أن يكون المال منقولاً**

قد حدد المشرع العراقي المال الذي يكون محلاً للسرقة بأنه يجب أن يكون منقولاً من خلال تعريف السرقة في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي والمادة ٣٩٩ عقوبات أردني على عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة (٣٧٩) من قانون العقوبات الفرنسي حيث لم يذكر كلمة منقول إلا أن هذا يعني أن من البديهي أن تقع السرقة على منقول لصعوبة سرقة غير المنقول، فغير المنقول هو العقار وهو عكس المنقول الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف[٥]، أن الحكمة من اشتراط كون المال محل السرقة منقولاً واضحة إذ أن السرقة تقضي الاختلاس أي نقل المال من حيازة صاحبه إلى حيازة المختلس وهذا لا يكون إلا في المنقول.

وقد أجاد المشرع العراقي والأردني صنعا عندما حسما النزاع الفقهي الذي ثار بشأن اعتبار الطاقة الكهربائية من المنقولات أم من العقار، حيث ذكر في المادة (٤٣٩) بأن "القوى الكهربائية والمائية وكل طاقة أو قوى محرزة أخرى" من الأموال المنقولة أي أن المشرع قد اعتبر القوى الكهربائية والمائية من الأموال التي تصلح لأن تكون محلاً لجريمة السرقة.

---

(١) رزكار محمد قادر، التسليم النافي لركن الاختلاس في جريمة السرقة، بحث مقارن، ص ١٢٨.
(٢) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مديرية دارالكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٨، ص ٢٧٥.
(٣) المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي حيث نصت على "المال هو كل حق له قيمة مادية " تقابلها المادة (٥٣) مدني أردني.
(٤) المادة (٦١) من القانون المدني العراقي إذ نصت على "كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلا للحقوق المالية".تقابلها المادة (٥٤) مدني أردني.
(٥) الفقرة الثانية من المادة (٦٢)، القانون المدني العراقي والتي تنص ٢- والمنقول كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف فيشمل النقود والعروض والحيوانات والميكلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة". تقابلها المادة ٥٨ مدني أردني.

**ثالثاً: يجب أن يكون المال المنقول مملوكا للغير**

قد أوضحت هذا الشرط المادة (٤٣٩) [1] من قانون العقوبات العراقي بقولها"... مملوك لغير الجاني... " فالسرقة هي جريمة من جرائم الاعتداء على المال بقصد تملكه لذلك لا يمكن أن يعتبر سارقاً من يسرق مالا يعود له ولو كان يعتقد خطأ أنه يعود لشخص آخر.

ولتحقق هذا الشرط لابد من أن يتوافر عنصران مهمان هما:

**١. أن يكون المال مملوكا لشخص ما.**

فقد ذكرنا انه لكي تتحقق جريمة السرقة يجب ان يكون المال محل السرقة مملوكا لغير الجاني أي انه مملوك لشخص سواء كان هذا الشخص معروفا أم مجهول الهوية ، ويترتب على ذلك ان الاموال التي لا مالك لها كالاموال المباحة وهي تلك الاموال التي لا مالك لها ويجوز أن تكون ملكا لأول واضع يد عليها بنية التملك كالحيوانات والطيور والقطط[2]، ويجب عدم الخلط بين الأموال المباحة وأموال الدولة.

**٢. يجب أن يكون محل السرقة مملوكا لغير المختلس**

لكي تتحقق السرقة يجب أن يكون المال المسروق مملوكا لغير الجاني كذلك يجب أن يكون الجاني مدركا أنه يأخذ مالا مملوكا لغيره ومحرما عليه، وليس له فيه شبهة ملك أو حق[3]، فمن يسرق مالا ثم يتضح بعد ذلك أنه مالك له قبل تحقق السرقة فإنه لا يعد سارقاً مهما كانت نيته حسنة أم سيئة، ومن يسرق مالا يعود لشخص آخر ثم بعد ذلك يتضح أن المال قد آل إليه عن طريق الميراث فلا يمكن اعتباره سارقاً.

**المقصد الثالث: القصد الجنائي**

كما نعلم أن جريمة السرقة هي من الجرائم العمدية أي أنها من الجرائم التي تقع عن قصد متعمد والأكثر من هذا أنها من الجرائم ذات القصدين، ففي جريمة السرقة يجب توفر القصد الخاص وهو نية التملك فضلا عن القصد العام القائم على العلم والإرادة.

---

(١) تقابلها المادة ( ١/٣٩٩) عقوبات أردني.
(٢) د. محمد زكي أبو عامر، د. علي عبد القادر القهوجي، القانون الجنائي، ص ٢٥٧.
(٣) محمد سامي النبراوي، أحكام السرقة والحرابة، منشورات جامعية، جامعة قار يونس، بدون سنة طبع، ص ١١٦.

**١ - القصد العام:**

القصد العام في جريمة السرقة هو القصد الذي يجب توافره في جميع الجرائم العمدية باعتباره الركن المعنوي لهذه الجرائم ويقوم القصد العام على عنصرين هما:

**العلـم**

يعني أن الجاني يجب أن يكون عالما بجميع أركان الجريمة أي أنه يجب أن يعلم أنه يقوم بفعل الاختلاس الذي يعد ركنا في السرقة، وأن يعلم أن المال ما زال في حيازة الغير[١]، وأن من شأن فعله أن يخرج المال من حيازة مالكه إلى حيازته هو، لذلك فإن من يستولي على شيء يعتقد أنه مملوك له لا يعتبر سارقا، كذلك من يستولي على مال مباح أو متروك ولكن يجب اعتقاده مبنيا على أسباب جدية ومعقولة.

ولابد من أن يعرف الجاني بأن المالك أو الحائز غير راض بانتقال الحيازة[٢]، أما إذا اعتقد الفاعل بأن المالك أو الحائز راض بانتقال الحيازة عند ذلك لا تقوم جريمة السرقة ولكن يقع عليه عبء إثبات ذلك الرضا.

إذن يجب أن ينصرف علم الجاني إلى أنه يرتكب فعل الاختلاس وأن فعله ينصب على مال منقول مملوك للغير.

**الإرادة**

قبل أن ندخل في الإرادة لابد أن نذكر أنه يجب أن يكون الجاني يملك إرادة حرة معتبرة قانونا، وأن يتوافر فيه الإدراك والتمييز.

أما إذا كان الفاعل مكرها إكراها معنوياً أومادياً فإن الإرادة تعتبر منتفية، فيلزم اتجاه إرادة الجاني إلى فعل الاستيلاء على المال المنقول المملوك للغير بإخراجه من حيازة صاحبه إلى حيازته هو أو إخضاعه تحت سيطرته المادية التي تمكنه من الظهور عليه بمظهر المالك فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى إخراج المال من حيازة صاحبه وإدخاله في حيازته.

---

(١) د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص ، ص ٨٩.
(٢) أحمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون العقوبات، ص ٦٤٧.

وإن توافر الإرادة بالنسبة إلى فعل الإخراج دون توافرها بإدخال المال في حيازة الجاني لا يعتبر سرقة فمن يسرق مالا ثم يقوم بإتلافه لا يعتبر سرقة[١]، وإنما يخضع لجريمة أخرى هي جريمة إتلاف الأموال [٢].

**٢ ـ القصد الخاص**

ذكرنا آنفاً أن جريمة السرقة من الجرائم ذات القصد الخاص بالإضافة عن القصد العام والقصد الخاص في جريمة السرقة يتمثل في نية التملك[٣]، وهذه النية تتمثل في أن الجاني عندما يحوز المال المسروق يحوزه حيازة كاملة ويباشر عليه سلطات المالك. أي تتوافر لدى الفاعل نية تملك المال المسروق والظهور عليه بمظهر المالك[٤].

أما إذا ثبت أن الفاعل انصرفت نيته إلى مجرد الحيازة الناقصة فإن القصد الجنائي هنا يعتبر قد تخلف فلا تقوم جريمة السرقة، فمن يستولي على دراجة ويقوم بإعادتها بعد قضاء حاجته لا يعتبر سارقا، وكذلك لو وقع الفعل على سبيل المزاح[٥]، فالنية يجب أن تنصرف إلى التملك لتحقق جريمة السرقة.

أما في غير هذه النية فلا تقوم جريمة سرقة[٦]، يعني هذا أن النية يجب أن تكون معاصرة لفعل الاختلاس أي أنه ينبغي أن تتوافر لدى الجاني من ذلك الوقت الذي يرتكب فيه الاختلاس نية التملك[٧].

## المطلب الثاني: إمكانية تكييف اختلاس المالك لما له المرهون أو المحجوز عليه سرقة

بعد هذا البحث نجد أننا أمام نص المادة(٤٣٩) التي عبرت عن فعل المالك بقولها "ويعد في حكم السرقة اختلاس المنقول المحجوز عليه قضائياً أو إدارياً أو من جهة مختصة أخرى والمال الموضوع تحت يد القضاء بأي وجه ولو كان الاختلاس قد وقع من مالك المال، وكذلك اختلاس

---

(١) د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٢٥.
(٢) المادة(٤٧٧) من قانون العقوبات العراقي. تقابلها المادة ٤٤٤ عقوبات أردني.
(٣) عبد العزيز محمد ، قانون العقوبات العراقي، القسم الخاص، مطبعة الفتاة، بغداد، ١٩٣٨، ص ٣٥٦.
(٤) د. محمد سعيد نمور، الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني، منشورات جامعة مؤتة، طبعة أولى، ١٩٩٧، ص ٧٨.
(٥) أحمد بسيوني أبوالروس، جرائم السرقات، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٧، ص ٣١.
(٦) د. ماهر عبد شويش، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٢٨٩.
(٧) حسني مصطفى، جرائم السرقة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٤٧.

مال منقول مثقل بحق انتفاع أو بتأمين عيني أو بحق حبس أو متعلق به حق الغير ولو كان ذلك حاصلاً من مالكه".

فقد ذكرت هذه المادة حكم فعل المالك وأعطته حكم السرقة ولابد لنا وعند الكلام عن مثل هذا الموضوع لابد أن نبحث في مدى التشابه بين أركان هذا الفعل وأركان جريمة السرقة فعند الوهلة الأولى نجد أن هناك تشابها كبيراً بين الفعلين من كونهما يتعرضان للملكية.

حيث أن الملكية هنا هي موضوع النزاع في المال المثقل بالديون، فلا يعقل أن يسرق الإنسان ماله ولكن عند وجود أي قيد قانوني يحد من سلطات المالك للتصرف في ملكيته يجعل من هذا المال محل تنازع ومن ثم يضعف من سلطة المالك عليه.

وعلى الرغم من وقوع الفعل على ملكية متنازع عليها وقيام المالك باختلاس هذا المال دون رضاء، أو علم الجهة التي قامت بوضع الحجز أو وضع اليد عليه فهو يتعارض وبشكل جوهري مع ركن أساسي في جريمة السرقة وهو وقوع الفعل على مال مملوك للغير وأن المشرع عند ذهابه في نص المادة (٤٣٩) إلى اعتبار الفعل بحكم السرقة إنما يذهب بهذا الاتجاه مع منطق النتيجة ما دامت أن الملكية أصبحت قلقة.حيث أن من خصائص حق الملكية(١) التي يتمتع بها المالك هي:

**١ -الاستعمال**

يقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما تتفق وطبيعته للحصول على منافعه عدا الثمار كمن يقرأ كتابه.

**٢ -الاستغلال**

يقصد به القيام بالإعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره، فاستغلال الدار يكون بتأجيرها(٢).

---

(١) حق الملكية: هو حق يتعلق بالعين رقبة ومنفعة واستغلالا فلصاحبه الانتفاع بالعين واستغلالها وله التصرف في رقبتها بجميع التصرفات الجائزة، للمزيد من التفاصيل أنظر بذلك المحامي عبد الوهاب الملا حمادي، شرح القانون المدني، المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٣، ص٩.

(٢) محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ص ٤٨- ٤٩.

**٣ -التصرف**

للمالك بما له من سلطة جامعة أن يتصرف في الشيء محل الحق بجميع التصرفات الجائزة وهذا ما نصت عليه المادة(١٠٤٨) من القانون المدني العراقي بقولها" الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك، تصرفا مطلقا فيما يملكه[١] عينا ومنفعة واستغلالا فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة".

إن التصرف يمكن أن يكون تصرفا مادياً كاستهلاك الشيء أو إتلافه أو أن يكون تصرفا قانونياً من شأنه أن يؤدي إلى زوال الحق كليا كالبيع أو جزئيا[٢] فالتصرف وبخاصة التصرف المادي هو قوام الملكية وهو أهم ما يميزها عن الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع، فسلطة التصرف المخولة لصاحب حق الانتفاع تقتصر على التصرف في منافع الشيء دون رقبته، أما المالك فله أن يتصرف في الرقبة وفي المنافع[٣].

مفاد ما سبق، يعني أن سلطة التصرف هي ما تميز المالك عن غير المالك وفي حالة الحجز القضائي أو الإداري أو في حالة الرهن فإن سلطة التصرف تقيد لدى المالك.

من خلال دراسة النص العراقي وبعض النصوص العربية يتضح أن القوانين قد اعتبرت هذه الجريمة من الجرائم الملحقة بجريمة السرقة وأعطتها الحكم نفسه على اعتبار أن السرقة هي اختلاس مال منقول مملوك للغير، وأن الفعل الذي يرتكبه المالك هو فعل اختلاس للمال المنقول على اعتبار أن المال في حالة الحجز أو الرهن هو قيد التصرف بالنسبة إلى المالك.

إن قيام المالك باختلاس ماله المحجوز أو المرهون يعد بمثابة الأجنبي وحكمه حكم أي شخص غريب ومن ثم فإن فعله يعد في حكم السرقة وذلك لأنه بفعله هذا قد الحق بالنتيجة ضررا بمصالح غيره ممن وضع الحجز أو قام الرهن لمصلحته وأن كونه المالك القانوني للمال لا يعطيه الحق للتصرف به ما دام المال قد تعلقت به حقوق الآخرين لأن ملكيته للمال أصبحت ملكية ناقصة أو مقيدة بحكم القانون لفقدانها خاصية رئيسية من خواص الملكية وهي خاصية التصرف، كما ذكرنا فهي الخاصية التي تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق وتميز المالك عن غيره كالحائز مثلاً.

---

(١) تقابلها المادة (١٠١٨) مدني أردني.

(٢)أنظر في ذلك د. عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢، ص٣٠.

(٣) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصادر وأحكام الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية للنشر، مطابع الأمل، ١٩٩٤، ص ٤٦٥.

لقد أحسنت القوانين العربية وكذلك القانون العراقي صنعاً إذ لم يعتبروا الفعل سرقة بشكل صريح وإلا لحدث تناقض عند الرجوع إلى أركان جريمة السرقة التي سبق وأن أشرنا إليها بشيء من الاختصار وذلك لأنه وكما مر بنا سابقاً بأن السرقة هي اختلاس مال منقول لغير الجاني عمدا، وأن تشابهت الأركان بين فعل المالك وجريمة السرقة إلا أن هناك ركنا مهماً وهو عائدية المال للغير لا يمكن تحققه في فعل المالك.

ولكن ما الذي دفع المشرع إلى اعتبار الفعل في حكم السرقة؟

إن لكل نص في القانون غاية معينة لحماية مصلحة سواء كانت مصلحة عامة أم خاصة ، لذلك لا بد من وجود مبررات دفعت المشرع إلى اعتبار الفعل في حكم السرقة وهي:

١. احترام قرارات السلطة العامة فيما يخص قرار الحجز وإن كان الحجز غير صحيح، حيث أن فعل المالك هنا يعد اعتداء على قرارات السلطة العامة التي أقرت الحجز.

٢. إيجاد الحماية القانونية للمال المتنازع عليه.

٣. زيادة في ضمان الدائنين، حيث أن المال المرهون وكما أوضحنا متأت من عقد الرهن والرهن من التأمينات العينية أي من ضمانات الدائنين لذلك يلجأ الدائن إلى الرهن زيادة في ضمانه للحصول على الدين المسلم إلى المدين ومن أجل ذلك راعى المشرع هذه المصلحة.

ولكن المشرع في القانون الأردني اتخذ اتجاهاً مختلفاً عن اتجاه بعض القوانين العربية وبخاصة العراقي حيث أنه لم يدرج الفعل تحت طائلة جريمة السرقة ولم يذكر أحوال ذلك فيما إذا كان المال مرهوناً أو محجوزاً وكما يأتي:

**نصت المادة ٤٤١ عقوبات أردني على أنه:**

" إن المدين الذي يقوم بقصد إضاعة حقوق الدائنين أو منع التنفيذ في أمواله الثابتة على إنقاص أمواله بأي شكل كان ولا سيما بتوقيع سندات وهمية أو بالإقرار كذباً بوجود موجب أو بإلغائه كله أو بعضه أو بكتم بعض أمواله أوتهريبها أو بيع بعض أمواله أو إتلافها أو تعييبها.

يعاقب بالحبس مدة شهر واحد حتى ستة أشهر وبغرامة من خمسة دنانير حتى خمسين ديناراً".

من خلال هذا النص يتضح لنا أن المشرع الأردني لم يعتبر الفعل جناية بل جعل الحد الأعلى للعقوبة فيه هي ستة أشهر ولم يبين الحكم في حالة كان المال الذي يقع عليه الاعتداء من قبل المدين المالك مالاً محجوزاً أو مرهوناً.

عليه لا يمكن اعتبار فعل المالك باعتدائه على المال المثقل بالديون جريمة سرقة وذلك لسببين:

**الأول:** وكما ذكرنا هو عائدية المال للغير وفي جريمة الاعتداء الواقعة من قبل المالك المال محل الاعتداء يعود في الأصل للمالك.

**الثاني:** أن فعل الاختلاس في جريمة السرقة يتحقق بنقل حيازة المال إلى الجاني وبنية تملكه أما في فعل المالك فإن الفعل يكون في الغالب من أجل عرقلة إجراءات التنفيذ[١].

ونحن نرى وبعد بحث متواصل عن هذه الجريمة بأن المشرع العراقي حينما درج هذه الجريمة تحت جرائم السرقة إنما قصد بذلك بأنها جريمة من نوع خاص وقد درجها تحت السرقة لما فيها من تشابه مع فكرة جريمة السرقة حيث أن المالك عندما يقوم بالاعتداء على المال المحجوز أو المال المرهون إنما يعتدي على الديون وبعبارة أدق إنه يتعدي على الحق المثقل به هذا المال وذلك لأن المال يعود للمالك أصلاً وأن ما تم الاعتداء أو التجاوز عليه هو الحق المثقل به ذلك المال سواء كان هذا الحق يعود إلى الدولة أو إحدى الجهات الإدارية عندما يقع الحجز لمصلحتها أو يكون حقا عينيا كأثر للرهن الحيازي الذي يكون بين الدائن المرتهن والمالك المدين.

يعني أن الفعل بمثابة اختلاس للضمان (المال المثقل بالديون وهو ضمان الرهن او الحجز) وليس اختلاسا للمال كما في جريمة السرقة المنصوص عليها في المادة(٤٣٩).

---

(١) المحامي محمد أحمد عمر، قضاء النقض في جرائم الأموال، المطبعة المنيرية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص ١٥٦.

## المبحث الثالث

## هل يمكن إعتبار الاعتداء على الديون جريمة خيانة الامانة وبحثها في الشريعة ؟

قبل الولوج في تحديد أركان الجريمة لا بد لنا ان نبين معنى كلمة خيانة الامانة لغة واصطلاحآ.

### المطلب الاول: ماهية خيانة الامانة

**أولا: خيانة الأمانة لغة :-**

لما كانت خيانة الأمانة تتالف من لفظين مرتبطين فسنعرض كل لفظ على حده :-

خان – خونآ وخيانة ومخانة ( فعل يتعدى لنفسه والخائن هو الذي خان ما جُعل عليه أمينآ) (١)

الأمانة : قيل هي الفرائض، أو النية فيما يظهر باللسان: الإيمان فمن أضمر من التوحيد مثل ما أظهر فقد أدى الأمانة. (٢)

**ثانيا: خيانة الأمانة اصطلاحآ :**

يقول الرازي – أهل الخيانة – هو النقص ، ومعنى الأمن ضد الخوف ، وجعل معنى الأمانة في الآية المقصودة بالتفسير ( تختانون انفسكم ) (٣) – إنه بيع الأمانة : وعده القسم الثالث من البياعات وهو الذي لا يكون فيه كتابة، ولا شهود، ولا يكون فيه رهن(٤) ويراها الطبري – الثقة، ويشرح الفعل المحذر منه فيقول: أن يجحده، أو يحاول الذهاب به وهي تفيد الخيانة(٥).

---

(١) الفيومي، المصباح المنير ، ج/٢٨٤ ، ابي بكر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، ١٩٩٩م، ص ١٩٣.

(٢) الشيخ احمد رضا ، معجم متن اللغة ، عضو المجمع العلمي ، دمشق ، دار مكتبة الحياة ،بيروت ، ١٩٦٠م ، ص ٣٦٢.

(٣) البقره ، الايه ١٨٧ .

(٤) ابي عبد الله محمد بن حسين الرازي، التفسير الكبير، المطبعه البهية، مصر ١٩٣٨م، ٦/٥ .

(٥) الامام ابي عبد الله محمد بن جرير الطبري ، جامع البيان عن تاويل آي القران ، ط٢ مطبعة مصطفى الحلبي ، مصر، ١٣٧٣هجري ، ١٩٥٤ م، ٢/ ١٦٣.

## المطلب الثاني :اركان جريمة خيانة الامانة

للكلام في اركان جريمة خيانة الامانة يقتضي منا ذلك تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع وكما ياتي:

### الفرع الاول :الركن المعنوي

ان الانسان يتمتع بحرية الإرادة وحرية الاختيار ضمن نطاق ما شرع الله ،وهو ما يفهم من قول الغزالي (( فالانسان يتمتع بنعمة العقل ، والعقل والاختيار يولدان فيه القصد والنية وانطلاقاً من القصد والنية في مجال الادارة يقع التصرف )) [١]

ويقول الغزالي "ان كل عمل اختياري لا يتم إلا بثلاثة أمور، علم وإدارة ، وقدرة، وذلك لأنه لا يريد الإنسان أمراً لا يعلمه، ولا يعلمه ما لم يرده، إذاً لا بد من العلم والإرادة ، والعضو الموكل إليه العمل لا يتحرك إلا بالقدرة، والقدره تنتظر الإرادة، والإرادة تنتظر العلم" ...[٢] عليه فقد تقع خيانة الأمانة بمعناها العام، أو الخاص في كثير من الأعمال العبادية والتصرفات اليومية، أو العقدية دون قصد فمنهم من يعبر عنها بحسن الظن.[٣]

والبعض يعبر عنها بالوفاء [٤] وعدَ الماوردي الخيانه تابعه للسرقه [٥] واعتبرها البعض قيمة معنوية للانسان، اذا سقطت مره واحده عن صاحبها لم يعد يتصف بها. [٦]

يتضح لنا من خلال ما سبق ان الركن المعنوي في الشريعة يتكون من النية لذا لا بد لنا من الكلام بشكل موجز عن النية[٧] .

---

(١) الامام الغزالي ، بداية الهداية، تحقيق د محمد سعود المعيني ، ط ١٩٨٨، ص٤٣.
(٢) الامام الغزالي ، احياء علوم الدين،دار المعرفة للطباعة ، بيروت، ٣٦٥/٤ .
(٣) محمد جمال الدين القاسمي، محاسن التأويل، دار احياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى البابي ، ط ١، سنة ١٣٧٧ هجري ،٣/ ٤٥٢.
(٤) الطبري ، جامع البيان، ١٦٣/٢.
(٥) القاضي ابي الحسن علي ابن محمد البصري البغدادي ( الماوردي)، الاحكام السلطانيه، ط ١ مطبعة السعادة، مصر، ١٩٠٩ ومطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٦٦، ص ٢٦.
(٦) الامام مالك بن انس الاصبحي، برواية سحنون عن ابي القاسم ، المدونة الكبرى، مطبعة السعادة ، مصر، الطبعة الاولى، ١٣٢٣ هجري ،٦/ ١٤.
(٧) عبد الوهاب بن احمد بن علي الشعراني ، الميزان الكبرى، مطبعه دار الفكر ٧٥/٢ .

**الفرع الثاني: الركن المادي:**

إن الركن المادي هو صلب الجريمة ، وإن كل جريمة بكامل عناصرها لا تتم إلا بتنفيذ الركن المادي. إلا إذا كانت الوسيلة، أو حيازتها يعدها المشرع معصية لذاتها ، كمن يُسكر إنسان بقصد سرقته ، فإن شراء المسكر نفسه معصية في الشريعة الإسلامية.

وفعل الخيانة، بحد ذاته يعتبر معصية بسبب القصد المقترن به وهو التعدي، أو التفريط في حقوق ومال الغير، وهو من المعاصي التي نهى المشرع في كثير من الآيات والاحاديث.

والركن المادي في خيانة الأمانة، هو (انقلاب اليد الأمينة إلى يد خائنة متجاوزة ضامنة ) أي من كانت بيده عين مال مملوك للغير يعتبر إن الإيداع، أو الرهن، أو الوصايا فطلبها المالك[1] وأنكرها الأمين، أو تصرف بما أؤتمن من عليه[2] وهذا يعني ان الركن المادي يتجسد في مسألتين[3].

**ثانياً: التصرف والاستعمال في الفقه الاسلامي**

نحدد كلامنا هنا في اليد الموضوعة بإذن ، ثم أنقلبت إلى يد مخالفة للامانة فتحولت من يد امينة إلى يد خائنة غاصبة، وإن وجود مااؤتمن عليه تحت يد الخائن يجره إلى التصرف فيه، وحتى في ثماره مع أن الفقه الاسلامي يتشدد في التحوط للحفاظ على الأمانة تطبيقاً لقوله تعالى﴿

وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[4].

---

(١) شهاب الدين ابوالعباس القرافي، الفروق، ط١ ،دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦ هجري ، ٢٠٧/٢ .
(٢) محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، مطبعة الفيحاء _دمشق ١٣٣١ هجري،٦/ ٢٠٧.
(٣) محمد عليوي ناصر ، خيانة الامانة واثرها في العقود المالية في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ٢٠٠١ ، ص ٥٨.
(٤) البقرة ، الاية ١٨٨.

**الفرع الثالث : الركن الشرعي**

ان البحث في الركن الشرعي لجريمة خيانة الامانة يتطلب منا الحديث عن الادلة التي جاء في تحريم هذا الفعل في الكتاب والسنة والاجماع[1].

**اولاً: الادلة من الكتاب**

**قال تعالى :-**

﴿ إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا ﴾[2].

٢- ﴿ وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا ﴾ [3].

**ثانياً: الادلة من السنة**

١ -قال عليه الصلاة والسلام ( أد الأمانة إلى من إئتمنك ولا تخن من خانك ) [4].

٢ -عن أبي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : ( آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب، وإذا وعد اخلف ،وإذا اؤتمن خان) [5].

---

(١) ابي حامد محمد الغزالي ، الوجيز، مطبعة الاداب ،مصر ، ١٣١٧ هجري، ٨٠/١.
(٢) الاحزاب ، الاية ٧٢
(٣) ال عمران ، ٧٥
(٤) حديث صحيح، سنن الترمذي، ٥٤٣/٣، وقد أخرجه أبو داؤد في كتاب البيوع ، ٢٢/ ٧٩ ، باب الرجل يأخذ حقه من تحت يده الحديث ٣٥، ٣٥ .
(٥) البخاري، صحيح البخاري، ١٦/١.

**ثالثاً: الإجماع**

أجمع العلماء على أن خيانة الأمانة تدخل في أكل أموال الناس بالباطل كما نص على تحريمها القرآن الكريم والسنة الشريفة [(١)].

**عقوبة خيانة الأمانة شرعاً**

بما أن جريمة خيانة الأمانة لم تكن ضمن العقوبات المحددة شرعاً ، فإن جمهور الفقهاء أدخلها ضمن الجرائم التي تشملها عقوبة التعزير ، والتعزير لايخرج عن أربع صور.

١.الإعدام تعزيراً.

٢. عقوبة الجلد.

٣. عقوبة الحبس والتغريب.

٤. العقوبات المالية. [(٢)]

وإن من الجرائم التي تخضع للعقوبة التعزيرية بالمال هي: قتل الحيوان، وأنتهاك حرمة الغير، والتزوير، والغش في المكاييل. وكلها صور تندرج تحت عنوان خيانة الأمانة وإن أتخذت مسميات مختلفة.[(٣)]

والعقوبة التعزيرية بالمال قد تكون أصلية أي تكون وحدها هي عقوبة، أو مع غيرها جزءً أصيلاً، تفرض على الجريمة[(٤)].

**هل يمكن تكييف فعل المفلس باعتدائه على ماله المثقل بالديون جريمة خيانة أمانة شرعاً؟**

من خلال ما سبق شرحه وتفصيله من تعريف لجريمة خيانة الامانة وبيان أركانها وتحديد عقوبتها يتضح لنا ما يأتي :-

إن المدين المفلس لا يمكن أن يرتكب فعل خيانة الأمانة وذلك لأن من الأركان الأساسية لهذه الجريمة أن يحصل تسليم للمال أياً كان نوع هذا التسليم وبناءً على أي عقد من العقود بالتالي تنقلب يد المفلس من يد أمينة إلى يد خائنة . وجريمة خيانة الأمانة من الجرائم التي تقع على الأموال والتي تعود ملكيتها للغير، ويقوم الغير بتسليمها بناء أُ على عقد من عقود الأمانة، إلى

---

(١)الرازي، التفسير الكبير ، ١٢٧/٥، القاسمي، محاسن التأويل ٥/ ١٢٠٢.

(٢) السرخسي، المسبوط ، ٣٦/٤.

(٣) الموسوعة الفقهية، ٢٥٤/١٢.

(٤) عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي ، مصر، ٩٥٦ م، ص٣٥٦.

شخص ثاني يتولى إدارتها ، وحفظها ، وصيانتها عن طريق تسليمه لهذا المال وبالتالي فإن من يستلم هذا المال يكون أميناً عليه إذا أرتكب فعل من شأنه التقصير، أو الإخلال بالحفظ، أو الإدراة يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة، وتنقلب يده من يد أمينة إلى يد خائنة .

وفي بحثنا هذا نرى أن تصرف المفلس يكون في مال يعود له ولا يتسلمه من الغير بناءً على عقد من العقود ، وبالتالي فأن يده لا تتغير فهي يد مالك ولا يمكن أن نعتبر تصرفه خيانة امانة.

ولكن الأمر يختلف عندما يعين القاضي المالك حارساً على أمواله ، ويقوم بالتصرف بسوء نية عن طريق الإخفاء ، فإنه من الممكن إعتبار تصرفه من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة على شرط أن يصدر قرار بالحجر من القاضي، ويتم تسليم المال إلى المالك على إعتبار أنه حارس قضائي .

في غير هذه الحالة لا يمكن اعتبار الفعل من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة أو جريمة خيانة أمانة، وذلك لعائدية المال إلى المالك، وعدم توافر ركن أساسي من أركان جريمة خيانة الأمانة، وهو التسليم بناءً على عقدمن عقود الأمانة كالإعارة، والوديعة .

## المبحث الرابع

## هل يمكن اعتبار الاعتداء على المال المثقل بالديون جريمة خيانة أمانة وبحثها في القانون؟

إن معرفة ما إذا كان يمكن تكييف فعل المالك بالتصرف أو باستعمال ماله المحجوز عليه أو المرهون على انه خيانة أمانة أم لا تقتضي البحث في ماهية جريمة خيانة الأمانة، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في الأول لماهية جريمة خيانة الأمانة فنقوم بتعريفها وبيان أركانها في حين نتطرق في الثاني إلى تكييف فعل المالك باعتباره خيانة أمانة.

### المطلب الأول: ماهية خيانة الأمانة

إن البحث في ماهية هذه الجريمة يقتضي تعريفها وبيان أركانها وهو ما نتناوله في الفرعين الآتيين :

#### الفرع الأول: التعريف بخيانة الأمانة

تعرّف جريمة خيانة الأمانة بأنها "كل اختلاس أو تبديد أو ما في حكمها لمال منقول سلم إلى الجاني بعقد من عقود الأمانة إضراراً بمالكه أو واضع اليد عليه"[١]

وعرّفت أيضاً بأنها "استعمال شخص المال المنقول الذي سُلم إليه بطريق الأمانة لمنفعته أو منفعة غيره بصورة مخالفة للغرض الذي سلم له من اجله".[٢]

وعرّفها آخرون بأنها "انتهاك شخص حق ملكية شخص آخر عن طريق خيانة الأمانة التي أودعت فيه"[٣].

وبالرغم من أن التشريعات قد أجمعت على تجريم فعل من يؤتمن على مال بموجب عقد من عقود الأمانة ويتصرف به لنفسه أو لمصلحة شخص آخر[٤] .

---

(١) د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص ٥٥٩.

(٢) رشيد عالي الكيلاني، مسالك قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، مطبعة التفيض الأهلية ، بغداد، ١٩٤٠، ص ٤٨٥.

(٣) جبرائيل البنا ، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٨، ص ٣٢٤.

(٤) انظر صفاء مهدي الطويل، جريمة خيانة الأمانة في القانون العراقي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، مسحوبة على الرونيو ، ١٩٨٢، ص ٥، كذلك لاحظ المادة (٣٤١) من قانون العقوبات المصري والمادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي.

**الفرع الثاني: أركان جريمة خيانة الأمانة**

تنص المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي على ما يأتي[١] "كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به إليه بأية كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد خلافاً للغرض الذي عهد به إليه أو سلم له من اجله حسب ما هو مقرر قانوناً أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه إياه أو عهد به إليه يعاقب بالحبس أو بالغرامة".

من خلال النص المتقدم يتضح أن جريمة خيانة الأمانة تقوم على أربعة أركان وهي كما يأتي:

أولاً : الركن المادي : والمتمثل بصورتين هما الاستعمال والتصرف بالمال محل الجريمة.

ثانياً : محل الجريمة : ويشترط فيه أن يكون مالاً منقولاً مملوكاً للغير .

ثالثاً : التسليم .

رابعاً : القصد الجنائي .

وهناك رأي يرى أن عنصر الضرر يعتبر ركناً خامساً لهذه الجريمة بوصفه عنصراً أساسياً لا تقوم من دونه ، شأنه في ذلك شأن غيره من العناصر والسند القانوني لهذا الرأي هو نص المادة (٣٤١) عقوبات مصري التي تعاقب على اختلاس المنقولات أو استعمالها أو تبديدها إذا وقع "إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها".[٢]

**المقصد الأول : الركن المادي**

لقد اختلفت التشريعات العقابية المقارنة في تحديد صور الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة فقد ذكر قانون العقوبات الفرنسي صوراً للركن المادي تكمن في الاختلاس والتبديد.[٣]

---

(١) تقابل هذه المادة من القوانين المقارنة المادة (٤٢٢) عقوبات اردني، المادة (٦٤٦) عقوبات إيطالي، المادة (٥٠٨) عقوبات تركي، المادة (٣٤١) عقوبات مصري، المادة (٦٧٠) عقوبات لبناني، المادة (٦٥٦) عقوبات سوري.

(٢) عوض محمد، جرائم الأشخاص والأموال، دائرة المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ٤٦٠.

(٣) انظر صفاء مهدي الطويل، جريمة خيانة الأمانة، ص ٣١.

أما قانون العقوبات المصري فقد زاد عليهما لفظ الاستعمال بقوله في المادة (٣٤١)

"كل من اختلس، أو استعمل، أو بدد مبالغ، أو أمتعة، أو بضائع، أو نقوداً، أو تذاكر، أو كتابات أخرى مشتملة على صك، أو مخالصة، أو غير ذلك إضراراً بمالكيها، أو أصحابها، أو واضعي اليد عليها وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلاّ على وجه الوديعة، أو الإجارة، أو على سبيل عارية الاستعمال، أو الرهن، أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلاً بأجر، أو مجاناً بقصد عرضها للبيع، أو بيعها، أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها، أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري".

وقد ذكر المشرّع الأردني عدة صور للركن المادي (الكتمان، التبديل، رفض التسليم) بقوله في المادة (٤٢٢) من قانون العقوبات، على أن "كل من سلم إليه على سبيل الأمانة، أو الوكالة، ولأجل الإبراز، والإعارة، أو لأجل الاستعمال على صورة معينة، أو لأجل الحفظ، أو لإجراء عمل بأجر، أو بدون أجر ما كان لغيره من أموال، ونقود، وأشياء وأي سند يتضمن تعهداً، أو إبراء وبالجملة كل من وجد في يده شيء من هذا القبيل فكتمه، أو بدله، أو تصرف به المالك، أو استهلكه، أو أقدم على أي فعل يعد تعدياً، أو امتنع عن تسليمه لمن يلزم تسليمه إليه، يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من عشرة دنانير إلى مائة دينار".

**أما قانون العقوبات العراقي فقد ذكر صورتين للركن المادي هما :**

**أولاً : الإستعمال**

الإستعمال بصورة عامة هو إستخدام الشيء للحصول على منافعه كقراءة كتاب مثلاً، أما الإستعمال الذي يقصده المشرّع في المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٤٢٢) عقوبات اردني فهو استخدام الجاني للمال المنقول المؤتمن عليه واستغلاله لمنفعته أو منفعة غيره.

ويرى البعض أن لفظة الاستعمال الواردة في المادة (٤٥٣) من القانون العراقي تتضمن مدلولي كلمة اختلس وبدد الواردتين في التشريع المصري فضلاً عن كلمة استعمل وذلك لان الاستعمال للذات سواء أعادت على المستعمل فائدة أم لم تعد هذا المعنى هو نفس ما تعنيه كلمة بدد في النص المصري أيضاً.[١]

---

(١) حسن البغال ، إساءة الائتمان في التشريعات العربية فقهاً وقضاءاً، دراسة وضعية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٦٣.

**ثانياً : التصرف**

هو كل فعل يخرج به الفاعل المال المسّلم إليه من حيازته كلاً أو بعضاً ويدخله في حيازة الغير كبيعه مثلاً[1] ، والتصرف هو الصورة الثانية من صور الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة .

إن خروج المال من حيازة الفاعل إلى حيازة شخص آخر هو ما يميز التصرف عن الاستعمال الذي يقتصر على مجرد الانتفاع بالشيء دون المساس بملكيته أي دون أن تنصرف إرادة الفاعل إلى نقل الحيازة التامة من مالكه إلى ملك الجاني نفسه أو إلى أي شخص آخر.

ويشترط في التصرف أن يكون بسوء قصد كما هو واضح من نص المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي يعني هذا أن إرادة الجاني يجب أن تنصرف إلى تحقيق وقائع الجريمة مع العلم بجميع أركانها، كما يجب أن يعلم بأن محل الجريمة هو مال مملوك للغير وهو ملزم برده ومع ذلك تتجه إرادته إلى التصرف به وتحقيق النتيجة وهي الإنقاص من قيمة الشيء خاصة وأنه يجب أن يتم التصرف بغرض مخالف للغرض الذي عهد به إليه أو سلم له من أجله وعلى العكس عندما يتصرف الفاعل في المال مع عدم علمه بعائديته للغير معتقداً بأن المال قد آل إليه بأية طريقة من طرائق انتقال الملكية وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة فلا يُعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة .

وأجمع فقهاء القانون على اعتبار الشخص خائناً للأمانة إذا قام بفعل الاستهلاك للمال المسلم له على وجه الأمانة باعتبار أن الاستهلاك من قبيل التصرف المادي شأنه شأن الإتلاف[2].

**المقصد الثاني : محل الجريمة**

تعد جريمة خيانة الأمانة من الجرائم التي تقع على الأموال لذلك لابد أن يكون محل الجريمة مالاً، وقد عرّفت المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي المال بأنه "كل حق له قيمة مادية"، أما المال من الناحية الجنائية فهو كل شيء يمكن أن يترتب عليه حق عيني، بحيث يمكن لصاحبه الانتفاع به واستعماله كيفما يشاء وبدون حاجة لترخيص من الغير[3].

وهذا المال الذي يكون محلاً لجريمة خيانة الأمانة لابد أن يتوافر فيه شرطان هما :

---

(١) القرار التمييزي رقم (٥٠١)/ت/١٩٧٣ في ١٩٧٣/٤/١٦ ، النشرة القضائية، العدد الثاني ، السنة الرابعة، ص ٤١٦.

(٢) د.سامح السيد جادر، الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ١٩٧٧، ص ٣٣٢.

(٣) صفاء مهدي الطويل، جريمة خيانة أمانة في القانون العراقي، ص ٥٥.

**أولاً : أن يكون مالاً منقولاً**

المال المنقول هو "كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة"(١) وهو يخص المال المنقول بطبيعته .

أما المنقول حسب المآل فهو عقار بطبيعته ولكن القانون أضفى عليه صفة المنقول كونه على وشك أن يصبح منقولاً كالمحاصيل والثمار.(٢)

أما في القانون الجنائي فهو كل شيء يمكن نقله أو خلعه أو تغيير محله حتى لو تغيرت هيئته أو أصابه التلف.(٣)

**ثانياً : أن يكون المنقول مملوكاً للغير**

أن ملكية المنقول للغير تفسر هدف المشرّع وغايته بتجريم الاعتداء على حق الملكية، فالاعتداء لا يقع ألا على مال مملوك للغير، أما عندما يتصرف المالك في ماله فلا يعد اعتداءاً بل استعمال لحقه على ذلك المال فمثلاً من يتصرف في شيء أُعير له لا تقع بفعله جريمة خيانة الأمانة إذا اثبت أن الشيء مملوك له وأن كان قد سرق منه قبل إعارته.(٤)

**المقصد الثالث : التسليم**

على الرغم من اختلاف التشريعات العقابية في الصياغة فإنها جميعاً متفقة في معنى واحد وهو وجوب حصول التسليم لقيام جريمة خيانة الأمانة .

وأن أهمية التسليم واضحة في بناء كيان هذه الجريمة، وذلك لأنه لا يمكن تصور قيام الأمين باستعمال المال أو التصرف به ألا إذا وجد المال في حيازته وقبل ارتكابه الجريمة ولا يمكن أن يكون في حيازته ألا إذا كان قد سُلم إليه.

وتنتفي هذه الجريمة إن لم يحصل التسليم فصاحب المعمل الذي يختلس الأموال التي يخصمها من رواتب العمال دون أن يضعها في صندوق التأمين الاجتماعي لا يمكن أن نعده مرتكباً لخيانة الأمانة وذلك لعدم حصول التسليم من قبل العمال، ويشترط في التسليم أن يكون

---

(١) الفقرة الثانية من المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي.
(٢) د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن ، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٦٤.
(٣) د.حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الثاني ، ١٩٧٦، ص ١٩٢.
(٤) د.فوزية عبدالستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٢٨٤.

إرادياً أي أن تتجه إرادة مسلم المال نحو مناولة الشيء إلى يد المستلم[١]، وقد يكون التسليم مادياً بالمناولة اليدوية أو يكون في البعض الآخر معنوياً أو رمزياً[٢].

ويستوي أن يكون التسليم قد حصل من المجني عليه أو صدر من شخص آخر لحساب المجني عليه كالوكيل الذي يستلم أشياء من شخص آخر لحساب موكله ويبددها فيعد هنا مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة .

**المقصد الرابع : الركن المعنوي**

أن استعمال الفاعل للمال المسلم له أو التصرف به خلافاً لمقتضى الأمانة، لا يكفي لقيام جريمة خيانة الأمانة بل لابد من توافر القصد الجنائي والمتمثل بانصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب وقائع الجريمة بعد العلم بجميع أركانها فجريمة خيانة الأمانة كسائر الجرائم العمدية، تتطلب قصداً جنائياً ولا تتحقق إلا بوجوده وتتخلف الجريمة بتخلفه ولا يجوز مساءلة الفاعل جنائياً عن فعله وأن جاز للطرف الأخر إقامة الدعوى المدنية للمطالبة بحقوقه المدنية .

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل يكفي لتحقق جريمة خيانة الأمانة وجود القصد العام القائم على العلم والإرادة أم أنها لا تتحقق إلا بتوافر القصد الخاص وأن وجد فما هو هذا القصد ؟

لقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول وجوب توافر القصد الخاص، من عدمه لتحقق هذه الجريمة ويكاد الفقه المصري[٣]، يجمع على أن جريمة خيانة الأمانة، هي جريمة ذات قصد خاص يتمثل بنية تملك المال فيجب اتجاه نية الجاني إلى تحقيق قصد محدد يتمثل بامتلاك المال المؤتمن عليه .

في حين ذهب البعض من الشرّاح العراقيين إلى وجوب توافر القصد الخاص ولكن هذا القصد يتحقق حسب رأيهم عندما يكون الشخص المؤتمن على الشيء عالماً بأنه يتصرف ويستعمل المال خلافاً لأحكام القانون، أو أحكام الاتفاق الصريح، أو الضمني بينه وبين المجني

---

(١) د.مراد رشدي، النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي، الطبعة الاولى، مكتبة نهضة الشرق، ١٩٧٦، ص ١٩٨.

(٢) د.محمد مصطفى القللي، شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال، السرقة والنصب وخيانة الأمانة، الطبعة الاولى، مطبعة فتح الياس نوري، مصر، ١٩٣٩، ص ٣٥٩.

(٣) د.عبدالعظيم مرسي وزير، القسم الخاص في قانون العقوبات،جرائم الاموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣م ص ٥٧٤.

عليه[1]، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن هذه الجريمة لا تستلزم إلا القصد العام القائم على العلم والإرادة.[2]

ويبدو أن الرأي الذي يذهب إلى أن تحقق هذه الجريمة يتطلب وجود القصد العام ولا ضرورة للقصد الخاص، هو الأرجح والذي ينسجم مع نصوص القانون، ذلك لان المادة (٤٥٣) واضحة لم تدل على قصد خاص متمثل بنية معينة وأن الجريمة تتحقق وتقع بمجرد الاستعمال أو التصرف إذا كان هذا الاستعمال أو التصرف مخالفاً للقانون أو للاتفاق .

كذلك فإن اشتراط القصد الخاص قد يعيق عمل القضاء للبحث عن النوايا فمن الصعوبة إثبات نية كل شخص، ومن ثم قد يؤدي البحث عن القصد الخاص إلى تعطيل النص الذي وضع من أجل حماية الائتمان، وذلك لان النية هي أمر باطني لا يمكن ظهورها إلى العالم الخارجي إلا بعد أن تقترن بمجموعة من التصرفات والأعمال التي تدل عليها.

## المطلب الثاني: إمكانية تكييف فعل المالك باعتدائه على ماله المرهون أو المحجوز بأنه جريمة خيانة أمانة في القانون.

**المال المحجوز**

أن مماطلة المدين في تسديد الدين الذي بذمته قد يدفع الدائن إلى الاستعانة بالإجراءات القضائية أو الإدارية لإكراه المدين على دفع ما بذمته من دين، ويتم ذلك بوضع الحجز على بعض أمواله المنقولة تمهيداً لبيعها سداداً للديون.

وعندما تضع السلطة القضائية أو الإدارية مالك المال المنقول حارساً على الأموال المحجوز عليها فيقوم بالتصرف بها أو استعمالها بسوء قصد أو إخفائها ولم يسلمها لمن له الحق في طلبه منه ومن ثم يفوت الغرض من الإجراء الذي اتخذ بالنسبة إلى المال.

فهل يمكن أن يوصف فعله خيانة أمانة بالرغم من أن هذه الجريمة كما لاحظنا من خلال دراسة أركانها أنها لا تتحقق ألا إذا كان المال الذي يتصرف به الجاني أو يستعمله مملوكاً للغير؟

نصت الفقرة (٢) من المادة (٥٢٤) من قانون العقوبات المغربي على أنه "في حالة وضع الأشياء المحجوزة تحت حراسة مالكها فعقوبته الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة

---

(١) د.عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ١٩٧٤، ص ٢٣٤.
(٢) د.عبدالحميد السعدي، جرائم الاعتداء على الأموال ، ص ٥٨١-٥٨٢.

من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم"، أما قانون العقوبات المصري فقد ذكر في المادة (٣٤٢) منه "على أنه يحكم بالعقوبات السابقة على المالك المعين حارساً على أشيائه المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً إذا اختلس شيئاً منها".

فقد أعتبر كل من القانون المغربي والقانون المصري الفعل في حكم خيانة الأمانة فحدد العقوبة ذاتها عند ارتكابها من قبل المالك المعين حارساً على الأموال.

أما فيما يخص القانون العراقي فقد أدرك المشرّع العراقي، بأن هناك مصلحة قانونية جديرة بالحماية لذلك نصت المادة (٤٥٤) على أنه "يعاقب بالحبس أو بالغرامة مالك المال المنقول المحجوز عليه قضائياً، أو إدارياً، أو الموضوع تحت يد القضاء إذا استعمله بسوء قصد لنفسه، أو لفائدته، أو لفائدة شخص آخر، أو تصرف به بسوء قصد، أو أخفاه، أو لم يسلمه لمن له حق في طلبه منه مما يفوّت الغرض من الإجراء الذي اتخذ بالنسبة للمال".

وبموجب هذا النص جرّم المشرّع فعل المالك الذي ينصب على ماله المحجوز عليه قضائياً أو إدارياً أو المرهون فاعتبر فعله من الجرائم الملحقة بخيانة الأمانة وحسناً فعل.

ومهما كان الحجز سواء كان قضائياً كقرار صادر من المحكمة بمنع المدين وتقيده من التصرف ببعض أمواله أم إدارياً وذلك عندما يكون صادراً من جهة إدارية كما لو صدر قرار من رئيس الجمهورية بصفته رئيساً للوزراء بحجز بعض الأموال المنقولة لبعض الأشخاص بمقتضى السلطات المخولة له فهو لا يؤثر في فعل المالك.

ويجب أن يكون المالك عالماً بالحجز ويتأكد ذلك بتوقيعه على محضر الحجز أو إعلانه رسمياً[١]، أي يجب أن يكون العلم بالحجز عن طريق اليقين لا عن طريق الظن والافتراض[٢] كما ويستوي أن يكون الحجز تحفظياً أو تنفيذياً.[٣]

ولقيام هذه الجريمة لابد من تسليم المال إلى المالك وجعله حارساً عليه، أما إذا كان الحارس شخصاً آخر غير المالك ومعيّناً بأمر المحكمة وعند قيامه بالتصرف بالأموال المحجوزة أو استعمالها بصورة تخالف أحكام القانون فأنه يعتبر مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة المقترنة بظرف مشدد واستناداً إلى المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي تقابله المادة (٤٢٣)عقوبات اردني

---

(١) نقض مصري، ١٩٥٥/٦/٦، مجموعة أحكام النقض، السنة السادسة، رقم القاعدة (٣١٣)، ص ١٠٦٦.
(٢) نقض مصري، ١٩٦٠/٥/٢٤، مجموعة أحكام النقض، السنة الحادية عشر، رقم القاعدة (٩٣), ص ٤٩٣.
(٣) نقض مصري، ١٩٤٨/١/٢٠، مجموعة القواعد القانونية، الجزء السابع، رقم القاعدة (٥١٧)، ص ٤٧٤.

والتي تنص على ما يأتي "... وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو الحبس إذا كان مرتكب الجريمة شخصاً معيناً بأمر المحكمة بخصوص مال عهدت به إليه المحكمة...".

ولكن يحدث أن يقوم المالك باختلاس المال المحجوز عليه من تحت يد الحارس المعيّن بأمر المحكمة عندما لا يكون المالك هو الحارس نفسه.! عند ذلك نقول ما هو التكييف القانوني لاختلاس المالك لماله المحجوز عليه قضائياً أو إدارياً إذا قام باختلاسه ولم يكن حارساً عليه؟

فقد بينت المادة (٤٥٤) الحكم فيما إذا كان المالك نفسه هو الحارس على الأموال المحجوز عليها قضائياً أو إدارياً وأعطته حكم خيانة الأمانة وفرضت نفس العقوبة المقررة لهذه الجريمة مع العلم أن المال يعود للمالك ولكن الحجز بنوعيه قد قيد من سلطاته في ممارسة حق الملكية على المال الموضوع تحت الحجز، أما في الحالة التي نحن بصددها فالمالك هنا لا يعد حارساً على المال المحجوز ومع ذلك قام باختلاسه فهل يمكن أن نعد فعله هذا خيانة أمانة أو لا؟

عند الرجوع إلى جريمة خيانة الأمانة والبحث في أركانها يتبين أنها تقوم على أربعة أركان وهي:

١. الركن الأول وهو الركن المادي المتمثل بإحدى الصورتين التين ذكرهما المشرّع وهما الاستعمال والتصرف .

٢. الركن الثاني هو محل الجريمة الذي يجب أن يكون مالاً منقولاً مملوكاً للغير .

٣. الركن الثالث وهو التسليم الإرادي الذي يتم من قبل المجني عليه إلى الجاني بناء على أحد عقود الأمانة التي تم ذكرها سابقاً.

٤. الركن الرابع وهو القصد الجنائي.

وكما نعلم أن جريمة خيانة الأمانة من الجرائم العمدية التي تتطلب قصداً جنائياً وقد رأينا أن المشرّع العراقي قد اكتفى بالقصد العام القائم على العلم بجميع أركانها واتجاه الإرادة لارتكاب وقائع الجريمة ولم يشترط توفر قصد خاص متمثل بنية معينة لتحقق وقوع الجريمة.

إن أركان خيانة الأمانة وإن كانت متشابهة مع بعض أركان الجريمة التي نحن بصددها إلا أنها تختلف عنها في الركن الثاني وهو محل الجريمة ففي جريمة خيانة الأمانة يكون محل الجريمة

مـالاً منقـولاً مملوكـاً للغيـر، أمـا هنـا فـي فعـل المالـك باختلاسـه لمالـه المنقـول المحجـوز عليـه أو المرهون فإن المال يعود للمالك(١) .

وقد بينا أن المشرّع العراقي أعطى الحكم فيما لو كـان حارسـاً عليـه واعتبره فعلاً ملحقاً بجريمة خيانة الأمانة، ولكن هل يعد عدم ذكره الحكم فيما لـو قـام المالـك بـاختلاس مالـه المحجـوز عليه وتم تسليم المـال لـه مـن قبـل الحـارس بنـاءً علـى أحد عقود الأمانـة نقصـاً تشـريعياً أو أنـه لـم يتطـرق إليـه باعتبـاره أنـه قد أعطـى الحكـم سـابقاً فـي المـادة (٤٣٩) بأنـه "ويعد فـي حكـم السـرقة اختلاس المنقول المحجوز عليـه قضـائياً أو إدارياً أو مـن جهـة مختصـة أخـرى والمـال الموضـوع تحت يد القضاء بأي وجه ولو كان الاختلاس قد وقع مـن مالـك المـال وكذلك اختلاس مـال منقـول مثقل بحق انتفاع أو بتأمين عيني أو بحق حبس أو متعلق به حق الغير ولـو كـان ذلك حاصـلاً مـن مالكه" .

على ما يبدو أن المشرّع قد اكتفى بنص المـادة (٤٣٩) فيمـا يخـص اختـلاس المالـك لمالـه المحجوز عليه أو المرهون بأن أعطاه حكم السرقة ولكن هذا يعد نقصـاً تشـريعياً ففعـل المالـك قد يُرتكب باستخدام إحدى وسـائل الخـداع التـي نـص عليهـا القـانون تـارة وقـد يقـع بصـورة غصـب للأموال تارةً أخرى، ولربما يستلم المالك المال من الحارس القضائي بناءاً على أحد عقود الأمانـة ومن ثم فإن الأمر يختلف في كل حالة حسب طبيعة الفعل المرتكب وطبيعة الظروف المحيطة بكل فعل ولا يمكـن فـي كـل الأحـوال إعطـاء حكم السـرقة لفعـل المالـك باختلاسـه المـال المحجـوز أو المرهون بل يجب أن ينص المشرّع على فقرة أخرى في المادة (٤٥٤) بقولـه "يعاقـب بـالحبس أو بالغرامة مالك المال المنقول المحجوز عليه قضائياً أو إدارياً أو الموضوع تحت يد القضاء المسلم له لأي غـرض كـان فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدتـه أو لفائدة شـخص أخـر أو تصـرف بـه بسوء قصد خلافاً للغرض الذي عُهد به إليه أو سلم له من أجله".

**المال المرهون**

أمـا بخصـوص المـال المرهـون فقد نصـت المـادة (٤٥٤) مـن قـانون العقوبـات علـى أنـه "ويعاقب بالعقوبة ذاتها مالك المنقول المرهون إذا ائتمنه عليه المرتهن فاستعمله بسوء قصد لنفسـه أو لفائدته أو لفائدة شخص أخر أو تصرف به بسوء قصد خلافاً للغرض الذي عُهد بـه إليـه أو سـلم له من أجله حسب مـا هـو مقرر قانونـاً أو حسب التعليمـات الصـريحة أو الضـمنية الصـادرة ممـن سلمه إياه أو عُهد به إليه".

---

(١) د. علي حسين الخلف، بحث جريمتي السرقة وخيانة الأمانـة، دراسـة قانونيـة مقارنـة، الطبعـة الأولـى، مطبعـة الزهراء، بغداد، ١٩٦٧، ص ٦٤.

من خلال قراءة نص المادة (٤٥٤) المذكورة آنفاً نلاحظ أن المشرّع قد أعطى نفس الحكم الذي أعطاه لجريمة خيانة الأمانة، أي أنه عندما يقوم مالك المال المرهون بعد أن ائتمنه المرتهن على المال المرهون باستعماله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر.

فمثلاً لو كان المال المرهون عبارة عن سيارة وأعطاها الدائن المرتهن أمانة إلى المالك وقام المالك باستخدامها لأغراضه الشخصية أو استخدمها لمنفعة شخص آخر أو استخدمها لغرض خلافاً للغرض الذي عُهد به إليه فاستخدمها لنقل البضائع مثلاً مع العلم أنها سيارة ذات استخدام شخصي، فالمرتهن عندما أعطى السيارة إلى المالك على سبيل الأمانة لا للاستعمال بسوء قصد لذلك يكون المالك قد أخل بالثقة التي توقعها فيه المرتهن ومن ثم فإنه يرتكب جريمة ملحقة في الحكم والصورة لجريمة خيانة الأمانة مع الاختلاف الوحيد بينهما وهو عائدية المال للمالك وذلك لأن المال في جريمة خيانة الأمانة يعود في الأصل للشخص الذي يعطيه لمن يستعمله بناء على أحد عقود الأمانة .

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو ما الحكم فيما لو قام المالك باستعمال المال بعد أن يتسلمه من يد العدل التي يتفق عليها الطرفان، ذلك لأن عقد الرهن وكما بينا في الفصل الأول هو عقد بين الراهن والمرتهن ومن الممكن أن يتفق الطرفان على أن يجعلا المال في يد عدل[١].

لم يتطرق المشرّع العراقي إلى إعطاء الحكم في هذه الحالة، وكان الأجدر به أن يعطي نفس الحكم الذي أعطاه في حالة تسليم المال من قبل المرتهن إلى المالك، فيد العدل والمرتهن هي اليد التي تتولى إدارة المال المرهون، وحفظه، فلماذا لا نعطيه نفس الحكم مادام الغرض من وجودهما واحداً لذلك نقترح إضافة عبارة " أو العدل المتفق عليه من قبل الطرفين إلى نص المادة (٤٥٤) بحيث تصبح كالآتي :

"ويعاقب بالعقوبة ذاتها مالك المنقول المرهون إذا ائتمنه عليه المرتهن أو العدل المتفق عليه من قبل الطرفين، فاستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد خلافاً للغرض الذي عُهد به إليه أو سلم له من أجله حسب ما هو مقرر قانوناً أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه إياه أو عُهد به إليه".

إن هذا الإغفال، أو النقص التشريعي لم يكن موقف القانون العراقي، والاردني فحسب بل موقف جميع القوانين العربية التي سبق ذكرها للتوضيح فقط [٢].

---

(١) د.عباس الحسني، شرح قانون العقوبات العراقي وتعديلاته، ص٢٤٠.
(٢) د.عبد الحميد السعدي، جرائم الإعتداء على الأموال ، ص٥٩٠.

## المبحث الخامس

## هل يمكن إعتبار تصرف المالك في ماله المثقل بالديون جريمة خاصة ؟

بعد أن بحثنا في جريمة السرقة على اعتبار وجود تشابه كبير بين أركان الجريمة محل بحثنا وبين جريمة السرقة وسوف نتناول ذلك تفصيلاً.

### المطلب الأول: تعريف الجريمة

إن الجريمة التي هي محل بحثنا تعتبر جريمة من قبل المالك المدين المفلس على ماله المثقل بالديون ويقصد بالديون هنا هو (حق الرهن، حق الحجز).

فلابد لنا من أن نعرف الجريمة بما يأتي:

"الاعتداء على المال بالديون من قبل مالكه"

**شرح التعريف:**

لم نحدد هنا في تعريفنا للجريمة كيفية الاعتداء فهل يكون خفية أم علناً فإذا كان خفية كان مقاربة من جريمة السرقة مع اختلاف ركن مهم وهو عائدية المال للمالك في الجريمة محل بحثنا على العكس من جريمة السرقة من حيث عائدية المال للغير كما ذكر المشرع العراقي في المادة(٤٣٩) عقوبات.

وإن كان الاعتداء علناً فلا بد من أن يستعمل المالك هنا وسائل غش أو خداع أو إضرار بالدائنين كما ذكرها المشرع الأردني في المادة (٤٤١) عقوبات عليه فإننا ذكرنا كلمة الاعتداء مطلقة لتشمل المعنيين دون تحديد حيث أن المالك قد يتصرف علنا كما أنه قد يتصرف خفية.

المال المثقل بالديون لم نحدد نوع الديون هنا فقد يكون الديون متعلق بحجز أو رهن أو حق من حقوق الدائنين على شرط أن يكون المال المثقل بالديون منقولاً ليسهل الاعتداء عليه بنقله أو إتلافه أو تغييره أو نقل حيازته لأن المال الثابت من الصعوبة التلاعب فيه وإجراء مختلف التصرفات المادية والقانونية عليه.

**المالك:**

لم نبين هنا في تعريفنا مالية المالك أي هل هو المالك المفلس أو لا في بحثنا تطرقنا إلى أن المالك المقصود هو المدين المفلس وهو الذي تكون موجوداته أقل من ديونه أي أن الديون المترتبة في ذمته أكثر مما لديه.

ولكننا في تعريفنا هنا جعلنا المجال واسعاً ليشمل المعنى كل الأحوال التي يكون فيها المالك ولكي لا يفلت المجرم من العقاب في أي صورة كان عليها سواء أكان مفلساً أم غير مفلس، ولكن اشتراطنا في الفعل أن يقع من المالك ليختلف عن جريمة السرقة.

## المطلب الثاني: أركان الجريمة

إن البحث في أي جريمة يتطلب منا ركنين أساسيين هما:

١ -**الركن المادي:**

وهو الفعل الذي يقوم به الشخص بشرط أن يكون مجرماً قانوناً وشرعاً.

٢ - **الركن المعنوي:**

(القصد الجنائي) [1] وهو توافر الإرادة والعلم عند ارتكاب الفعل على أساس أن القصد الجنائي العام يتكون من هذين العنصرين وهي العلم بأن المال يعود للغير والمقصود هنا تعلق حق الغير بهذا المال أي أن المال لا يعد مملوكاً مطلقاً للمالك لوجود ضمان متعلق به كالرهن والحجز أو أي حق من حقوق الدائنين وعلى الرغم من ذلك توجه الإرادة إلى ارتكاب الفعل.

٣ -**الركن الثالث: محل الاختلاس**

وهو المحل الذي تقع عليه الجريمة وقد ذكرنا في تعريفنا للجريمة: إن المال هو المال المثقل بالديون وكما مر بنا سابقاً من خلال بحثنا عن طبيعة هذا المال وأنواعه فإن المال الذي يقع عليه الاعتداء هو مال منقول بطبيعته كونه يكون تحت الرهن الحيازي أو الحجز أياً كان نوعه بالإضافة إلى أنه يمكن أن يكون متعلقاً بحق من حقوق الدائنين.

---

(١) د. محمد أحمد المشهداني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ٢٠٠١، ٢٢٩.

٤ -**الركن الرابع: ركن الفاعل(الجاني)**

يشترط في هذه الجريمة ركن خاص فيها وهو كون المختلس(الفاعل) أو الجاني هو مالك المال أي أنه يتعدى على ماله وليس مال الغير.

إن هذه الصفة في الجاني هي التي جعلت الجريمة من نوع خاص يختلف عن جرائم الأموال على اعتبار أن الجريمة بشكل عام تقع من شخص يتعدى ويتجاوز على أموال وحقوق شخص آخر إلا أن موضوع بحثنا يتناول جريمة خاصة حيث أن شخص الجاني والمجني عليه بشكل عام هو شخص المالك (المدين).

## المطلب الثالث: عقوبة الجريمة

لو نظرنا إلى كل من القانونين الأردني والعراقي فإنهما حددا عقوبة معينة للجريمة حسب مفهوم المشرع ووصفها اتباعاً لجريمة أخرى.

فمثلاً القانون الأردني ذكر في المادة ٤٤١ عقوبة الحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من خمسة دنانير إلى خمسين دينارا على اعتبارها جريمة تختلف عن السرقة.

أما القانون العراقي فقد حدد العقوبة لهذه الجريمة كما هي في جريمة السرقة حيث أنها تشدد بوجود الظروف المشددة وتفرض العقوبة المقررة للسرقة في حالة عدم وجود هذه الظروف.

أما عن عقوبة جريمة بحثنا فهي من الناحية الشرعية فعل محرم لأنه يشكل اعتداء على حقوق الآخرين سواء كان الآخرين (الدولة الأفراد).

حيث أن الاعتداء على الدولة يكون من حيث خرق الحجز وتهريب المال أو التصرف به وأياً كان الفعل هنا فهو محرم شرعاً لوجود الاعتداء، وبما أن هذه الجريمة قد تقع على الأفراد إذا كان المال معلقاً بالرهن أو بحق من حقوق الدائنين فإن العقوبة المقررة هنا هي عقوبة تعزيرية على أساس أن الجريمة ليست من جرائم الحدود.

وحيث أجاز الفقهاء حبس المدين في حالة كونه مجهول المال ومفلساً خوفاً من أن يكون له مال فيخفيه عن الدائن، ولذلك يحبس حتى يعرف أمره ويظهر ماله، فإذا عرف ماله أو ثبت أن لا مال له أخلي سبيله، ويرى الإمام أبو حنيفة أن القاضي لا يحول بين الدائنين وبين المدين أي ملازمته (حتى إذا فضل حسن كسبه فضل اقتضوا ديونهم منه) (١).

---

(١)د. عبد الغفار إبراهيم صالح، الإفلاس في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بدون طبعة، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٢٧١.

وهذا أيضاً قريب من التشريعات الحديثة، حيث أن القاضي يأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات للتحفظ على مال التاجر عند شهر إفلاسه(١).

إن تمييز الشريعة الإسلامية بين المدين المماطل وغيره، قضت بحبس الأول عقاباً له ينطوي على نفس الفكرة التي تأخذ بها التشريعات الحديثة في التفريق بين المفلس العادي والمفلس بالتقصير حيث يعاقب الأخير بالحبس أو السجن، حيث أن الإفلاس عارض من عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية(٢).

وعند الرجوع إلى قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ نجد أنه يشير إلى المفلس المقصر ويعاقب بمقتضى قانون العقوبات ورتبت المواد من (٤٥٦-٤٦٥) من قانون التجارة الأردني أحكام المدين المفلس.

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية بهذا الصدد ما يأتي:

(إن قانون العقوبات قد أحال أمر تعيين أركان جريمة الإفلاس الاحتيالي إلى قانون التجارة ولما وضع القانون التجاري رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، فإنه لم يخلو من نصوص تشير إلى أن المفلس احتيالاً يعاقب بمقتضى قانون العقوبات وبخاصة المادة (٢٩٨) منه. لذلك فإن القول بأن التشريع الأردني بوضعه الحالي لا يشتمل على نص قانوني يبين الركن المادي لما يسمى بالإفلاس الاحتيالي مخالف للقانون) (٣).

---

(٢) فهد يوسف الكساسبة، جرائم الإفلاس في القانون الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٠م، ص ٣٠.

(٢) د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢/ ٨٠٥.

(٣) تمييز جزاء رقم (٧٨/١٦١) المنشور في مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٧٩ ص ٤٣٤، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الجزائية.

يعنـي هـذا أن المشـرع الأردنـي لـم يعـالج جـرائم الإفـلاس إلا فـي المـادة ٤٣٨ مـن قـانون العقوبات بقولها:

"١- المفلسـون احتيـالاً علـى الصـورة المبينـة فـي الأحكـام الخاصـة بـالإفلاس ومـن يظهـر بمقتضى الأحكام المذكورة أنهم شركاء لهم في التهمة يعاقبون بالأشغال الشاقة المؤقتة.

٢- كل من اعتبر مفلساً مقصراً، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز السنتين".

إن المشرع الأردني لم يعالج الجريمة محل بحثنا حيث أنه في المادة (٤٣٨) لم يحدد في حالة تصرف المدين المفلس في ماله المثقل بالديون وترك المجال شاغراً لتأويل النص القانوني.

كذلك المشرع العراقي عالج الجريمة على اعتبار أنها من الجرائم الملحقة بجريمة السرقة في المادة (٤٣٩) بقوله: "ويعد في حكم السرقة اختلاس المنقول المحجوز عليه قضائياً أو إدارياً أو من جهة مختصة أخرى والمال الموضوع تحت يد القضاء بأي وجه ولو كان الاختلاس قد وقع من مالك المال، وكذلك اختلاس مال منقول مثقل بحق انتفاع أو بتأمين عيني أو بحق حبس أو متعلق به حق الغير ولو كان ذلك حاصلاً من مالكه".

عليه نرى ومن خلال بحثنا فرض عقوبة معينة خاصة بجريمة الاعتداء الواقعة من قبل المالك وكما يأتي:

**أولاً: فرض العقوبة التعزيرية (شرعا):**

التعزير: هو العقوبات التي لم يرد نص من الشارع ببيان مقدارها وترك تقديرها لولي الأمر أوالقاضي المجتهد[(١)] .

إن الغرض من التعزير هو الردع والزجر مع الاصلاح والتهذيب وفي نطاق العقوبات التعزيرية يستطيع القاضي أن يأخذ بفكرة الظروف القضائية المخففة؛. أما في الحدود والقصاص فلا سبيل لذلك لأنها عقوبات محددة لا سبيل إلى التعديل فيها بالنقص أو الزيادة[(٢)].

---

(١) الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، بدون سنة طبع ،ص٧٥.
(٢) أحمد موافي، المستشار بالنقض من الفقه الجنائي المقارن بين الشريعة والقانون الكتاب الثاني، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، بالقاهرة، ١٩٦٥. ص ٦٦.

**والعقوبات التعزيرية في الشريعة هي:**

١ - الإعدام، في بعض الحالات التي لم يرد بها القصاص

٢ - الجلد.

٣ - عقوبة الحبس.

أ -الحبس محدد المدة.

ب - الحبس غير محدد المدة.

٤ - التعزير بأخذ المال.

٥ - التوبيخ.

٦ - العزل وهو حرمان الشخص من وظيفته(١).

عليه نرى أن الجريمة محل بحثنا تفرض عليها عقوبة الحبس بنوعيها حسب الظروف المرافقة للجريمة.

**ثانياً: فرض العقوبة قانوناً.**

إن العقوبة مقررة قانوناً وفقاً للقانون العراقي هي نفس عقوبة السرقة بالإضافة إلى تشديد العقوبة إذا رافقتها الظروف المشددة للعقوبة.

**والعقوبات المقررة قانوناً هي:**

**العقوبات الجنائية هي(٢):**

١ - الإعدام.

٢ - الأشغال الشاقة المؤبدة.

٣ - الاعتقال المؤبد.

٤ - الأشغال الشاقة المؤقتة.

٥ - الاعتقال المؤقت.

---

(١) الدكتور القللي، الإجرام وأسبابه في مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الرابعة العدد الثالث، ص ٤٥٧.

(٢) المادة (١٤) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، والمعدل لسنة ٢٠٠٢.

**العقوبات الجنحية هي: (١)**

١ -الحبس

٢ -الغرامة

٣ -الربط بكفالة

**العقوبات التكديرية هي: (٢)**

١ - الحبس التكديري(٣).

٢ - الغرامة.

٣ - وفقاً لما سبق نرى أن العقوبة المناسبة هي الحبس وكما يأتي:

"يعاقب بالحبس المالك الذي يعتدي على ماله المثقل بالديون"

وتشدد العقوبة:

" يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت من ارتكب الجريمة اجتمعت فيها الظروف الآتية:

١ -وقوعها بين غروب الشمس وشروقها.

٢ -من شخصين فأكثر.

٣ -أن يكون أحد الفاعلين حاملاً سلاحاً ظاهراً أو مخبئاً.

---

(١) المادة(١٥) من قانون العقوبات الأردني.
(٢) المادة (١٦) من قانون العقوبات الأردني.
(٣) تنص المادة (٢٣) من قانون العقوبات رقم الاردني (تتراوح مدة الحبس التكديري بين أربع وعشرين ساعة وأسبوع، وتنفذ في المحكوم عليهم في أماكن غير الأماكن المخصصة بالمحكوم عليهم بعقوبات جنائية أو جنحية ما أمكن).

# الخاتمة

عندما نذكر كلمة خاتمة فيكون قصدنا هو خاتمة ما بدأنا به وخاتمة ما بحثنا هو ما يأتي:-

إن بحثنا في موضوع اعتداء المالك أو تصرفه في ماله الذي يكون مثقلاً إما بالديون أو بالضمان أيا كان نوع هذا الديون، حجزا أم رهنا وكان المالك (المدين المفلس) في حالة شهر الإعسار أو الإفلاس فإن تصرفاته تكون موقوفة أو معطلة بسبب الحجر وبالرغم من ذلك فإنه يتصرف في هذا المال.

**من خلال ما سبق توصلنا إلى النتائج الآتية:-**

١ -ان الشريعة الإسلامية نظام رصين متكامل صالح للبشرية في مختلف امصارها إلى ان يرث الله الارض ومن عليها.

٢ -ليس هناك نظام بديل، مطلقا عن الشريعة الإسلامية يصلح للبشرية وتنصح به الحياة كيف وان الشريعة الإسلامية من الله عز وجل الخالق المدبر ﴿ أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ ﴾ (١) والنظم الاخرى من صنع الانسان المخلوق الضعيف الموصوف بالنقص فكيف يأتي بنظام متكامل ﴿ وَخُلِقَ الْإِنسَانُ ضَعِيفًا ﴾ (٢)

٣ -المدين الموسر اذا حلت اجال الديون التي عليه فانه يطالب ويحجر عليه ويبيع عليه الحاكم ماله ليوفي ديونه

٤ -اذا افلس المدين فلا ينفذ منه تصرف يؤثر في حقوق الغرماء، على ان يبقى ذلك التصرف في ذمته ويلزم به اتجاه الغير.

٥ -إن تصرفات المدين تتعلق إما برهن المال أو كفالته، وهذه التصرفات تؤثر في الوضع المالي أو تضعف من ضمان الدائنين والغرماء، وعلى الرغم من هذا فإنه يقوم بهذه التصرفات.

٦ -يحاول المالك، المدين المفلس في بعض الأحيان من التصرف بأمواله وعلى الرغم من وضع القيود عليها بالحجر.

٧ -إن تصرفات المالك تقع هنا على الأموال المنقولة التي يمكن رهنها وحجزها ونقلها خفية دون علم السلطات بها.

٨ -ظهور تساؤلات كثيرة حول التكييف الشرعي والقانوني لهذه التصرفات .

---

(١) سورة الملك، الآية ١٤.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٨.

بعد أن أدرجنا ما بيناه من نتائج من خلال بحثنا لا بد لنا من إيجاز لأهم المقترحات التي تم التوصل إليها من خلال البحث.

١ - اعتبار فعل المالك، المدين المفلس، باعتدائه على ماله جريمة من جرائم الأموال لكنها من نوع خاص، وإن أدرجها المشرع العراقي تحت جريمة السرقة لتشابه بعض الأركان، كما ادرجها المشرع الأردني تحت جرائم الغش والإضرار بالدائنين.

٢ - إن الخاصية التي تميز جريمة الاعتداء من قبل المالك، إن المشرع عندما يجرم أي فعل من الأفعال التي تشكل جرائم أموال، كان السبب وراء التجريم هو أن الفعل يتعدى على حقوق الآخرين وأموالهم.

أما في الجريمة التي نحن في صددها فالاعتداء يقع على مال الجاني نفسه ولكن الفعل قد جُرِمَ لتعلق حقوق الآخرين بذلك المال، بما في ذلك (الدولة، الافراد).

عليه نقترح إضافة نص عقابي جديد خاص بجريمة من جرائم الأموال وهي :-

"جريمة الاعتداء على المال المثقل بالديون أو الديون من قبل مالكه"

أو أي تسمية أخرى تدل على ذات المعنى أو القصد.

٣ - عندما يتصرف المالك بتصرفات تضعف من ضمان دائينيه، كالرهن والكفالة لابد من وجود إجراء وقائي لإيقاف هذه التصرفات.

وهو أن يقدم الشخص مثلا براءة ذمة، أو أي دليل كتابي يثبت خلو ذمته من الديون سواء أكانت حالة، أم مؤجلة، وذلك لكي يمنع وقوع الغير في الغش والخداع، ولا يتضرر الدائنين من تصرفات مدينهم، كذلك ردع المدين نفسه، كلما فكر بأي تصرف من شأنه إضعاف ضمان دائنيه.

**هذا جهدي المتواضع أضعه بين أيديكم الكريمة وهو لا يزال قطرة في بحر علمكم.**

**نرجو من الله ومنكم القبول، وجزاكم الله عني خير الجزاء.**

الباحثة

# قائمة المراجع


- القرآن الكريم.
- إبراهيم، ، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الجزء الأول، إعداد المكتب الفني نقابة المحامين، عمان، ١٩٩٢م.
- أحمد، د. محمد سليمان، المدخل لدراسة الضمان، دراسة تحليلية مقارنة، عمان، ٢٠٠٠م.
- أحمد، د. محمد شريف ،مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م.
- إسماعيل، د. عمر نبيل، أصول التنفيذ الجبري في القانون اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط١، بدون تاريخ.
- أصبحي، سحنون عن ابي القاسم ، المدونة الكبرى،ج٦، مطبعة السعادة .
- أفريقي المصري، محمد بن مكرم بن منظور، ، طبعة دار المعارف، ١٩٩٨م.
- انصاري، العلامة محمد بن نظام الدين، فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت، المطبعة الاميرية ببولاق الطبعة الاولى، القاهرة ١٣٢٢هـ.
- ـــــ فتح الوهاب، ط١، مطبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤١٨ هجري.
- ـــــ، غاية البيان شرح زيد ابن رسلان، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤.
- أنيس، إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الأمواج، بيروت بدون سنة طبع.
- باجي، المنتقى ،ط١، دار الكتاب العربي ، بيروت.
- بادشاه، العلامة محمد امين المعروف بأمير، تيسير التحرير، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٠هـ.
- بخاري، محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة أبو عبد الله (المتوفى : ٢٥٦هـ)، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري).
- بدوي، د. أحمد زكي، د. محمود صديقة، يوسف، معجم المصطلحات التجارية والمالية والمصرفية، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، ط٤ ١٤١٤هـ، ١٩٩٤.
- بركات ، الشرح الكبير، دار إحياء الكتاب العربي،بيروت.

- بشير، محمد طه ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢م.
- بغال، إساءة الائتمان في التشريعات العربية فقهاً وقضاءاً، دراسة وضعية مقارنة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٧٩.
- بنا ، جبرائيل، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٨.
- ترمذي، محمد بن عيسى ، الجامع الصحيح، سنن الترمذي٧٣٠هـ.
- تفتازاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح ، المتوفي سنة ٧٩٢هـ مطبعة محمد علي صبيح ، القاهرة.
- تكرلي، عبد الجبار شرح قانون الإجراء، مجموعة محاضرات ألقاها على طلبة الصف المنتهي لكلية الحقوق، مطبعة التفيض، بغداد، ١٩٥٢م.
- تلاحمة، خالد إبراهيم، الوجيز في القانون التجاري، المعتز للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٣.
- تميمي، عبود صالح مهدي، شرح قانون التنفيذ رقم ٤٥ لعام ١٩٨٠، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- جادر، الوجيز في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ١٩٧٧.
- جادرجي، د. نشوان محمد سليمان، فكرة الدين في الفقه الإسلامي ومدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة آداب الرافدين جامعة الموصل، العدد ١، ١٩٩٥م.
- جبوري، د. حسين خلف ، عوارض الأهلية عند علماء أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٧.
- جوزية ،الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق محمد حامد الفقي طبعة، مطبعة السنة المحمدية.
- ـــــ ، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، مراجعة وتعليق طه عبد الرؤوف سعد، طبعة دار الجيل، بيروت.
- حافظ، علي مظفر, شرح قانون الإجراء، شركة النشر والطباعة العراقية المحدودة، بغداد، ١٩٥٠م.

- حجـازي، النظريـة العامـة للالتـزام، الجـزء الأول، المجلـد الأول، جامعـة الكويـت، ١٩٨٢، ص١٦٠.
- حجال، غريب، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية، القاهرة، ١٣٩٢هـ.
- حجاوي, المقدسي، الاقناع، المطبعة المصرية ، الازهر.
- حسناوي، حسن حنتوش, التعويض القضائي في نطاق المسؤولية العقديـة دراسـة مقارنـة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ١٩٩٩م.
- حسـني، شـرح قـانون العقوبـات العراقـي وتعديلاتـه، القسـم الخـاص، جـرائم الاعتـداء علـى الأشخاص والأموال، ١٩٧٤.
- حسين ، تهذيب الفروق والقواعد السنية ، مطبـوع بهـامش الفروق، دار احيـاء الكتـب العربيـة ،ط١، ١٣٤٤ هجري
- حصكفي ، شـرح تنـوير الابصـار مـع رد المختـار، دار الكتـب العلميـة، بيـروت، لبنـان، ط١، ١٤١٥هـ، ١٩٩٤م .
- ـــــ ، الـدر المختـار، مـع رد المحتـار، دار الكتـب العلميـة، بيـروت، لبنـان، ط١، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.
- حكيم وأخرون ،الوجيز في القانون المدني ،ج٢،مطبعة جامعة بغداد،بغداد،١٩٨٦.
- حمو، د. نسبية إبراهيم، رهـن الـدين فـي الشـريعة والقـانون، بحـث منشـور فـي مجلـة العلـوم القانونية والسياسية، جامعة بغداد، العدد (١-٢)، ١٩٨٥.
- حيدر ، درر الحكام ، شرح مجلة الاحكام ، المجلد الثـاني ، دار الجيل، بيروت بدون سنة طبع.
- خضري ،الشيخ محمد، أصول الفقه الطبعة الخامسة ، المكتبة التجاريـة الكبـرى، القـاهرة سـنة ١٣٨٥هـ ، ١٩٦٥م.
- خطيب، مغني المحتاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان،ج١، بدون سنة طبع.
- خفيف، الشيخ علي ، الملكية فـي الشـريعة الإسـلامية مـع المقارنـة بالشـرائع الوضـعية، الجـزء الثاني، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٦م.
- ــــــ ،الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- خلاف، الشيخ عبد الوهاب علم اصول الفقه الطبعة التاسعة، دار القلم بالكويت ، ١٣٩٠هـ.

- دردير، أحمد، الشرح الصغير مع بلغة السالك لأقرب المسالك، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ج٣، ١٤١٥، ١٩٩٥م.
- ذنون،النظرية العامة للإلتزامات،بغداد،١٩٧٦.
- رازي، التفسير الكبير، المطبعه البهية ، مصر ١٩٣٨م.
- رافعي، عبدالكريم فتح العزيز في شرح الوجيز،ج١٠،دار الفكر،١٩٦٠م.
- رشدي، مراد النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي، الطبعة الاولى، مكتبة نهضة الشرق، ١٩٧٦.
- رضا ، معجم متن اللغة، عضو المجمع العلمي، دمشق، دار مكتبة الحياة ،بيروت ، ١٩٦٠م.
- رفاعي، د.حسن محمد، العسرة المادية بين الشريعة والقانون أو مشكلة العجز عن تسديد الديون وكيف عالجه الإسلام، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان ٢٠٠٣.
- رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل أي القانون وبخاصة القانون المصري واللبناني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية للطباعة والنشر، ١٩٨٣م.
- رهاوي ، الشيخ يحيى حاشية الرهاوي، المطبعة العثمانية، سنة ١٣١٥هـ
- زاده، أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة شرح فتح القدير)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م، تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي.
- زحيلي ، نظرية الضرورة الشرعية، مقارنة مع القانون الوضعي، مكتبة الفارابي، دمشق، الطبعة الثانية في مؤسسة الرسالة بدمشق وبيروت.
- ـــــ ، نظرية الضمان، ، دراسة مقارنة، دمشق، دار الفكر المعاصر، ١٩٩٨م.
- زرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي دار الفكر، دمشق، سوريا، ط٦، بدون سنة طبع.
- زركشي ، شمس الدين أبي عبد الله محمد بن عبد الله شرح الزركشي على مختصر الخرقي، الناشر دار الكتب العلمية، لبنان/ بيروت، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
- زركلي، الاعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين الطبعة الثالثة ١٤٨/٥.

- زلمي ، محمد سليمان الأحمد، المسؤولية العينية الناجمة عن سرقة الضمان في القانون المدني، بحث منسق في مجلة القانون كلية القانون جامعة الموصل، العراق، ٢٠٠١م.
- ــــــ ، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، الجزء الأول، مطبعة السعدون، بغداد.
- زيدان، الاستاذ عبد الكريم الوجيز في أصول الفقه ، الطبعة الثانية ، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد سنة ١٣٨٤٥هـ ، ١٩٦٤م.
- سباعي، د. مصطفى والدكتور عبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مطابع دار الفكر بدمشق، هـ ١٣٨٥-١٩٦٥م.
- سرحان ، شرح القانون المدني، العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة) الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
- ــــــ ، شرح القانون المدني، العقود المسماة في (المقاولة، الوكالة، الكفالة) الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦م.
- سرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة المتوفي في حدود التسعين وأربعمائة وقيل في حدود الخمسمائة ،المبسوط ، الطبعة الثانية، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.
- سعد، د. نبيل إبراهيم التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٢م.
- سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط٢، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.
- سعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الثاني ، ١٩٧٦.
- سعيد، د. ليلى عبد الله الحاج ، النظرية العامة لضمان اليد، وضع اليد على ملك الغير المصدر السادس للالتزام، دراسة في الفقه الإسلامي والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة الجيل العربي، الموصل، ٢٠٠١م.
- سلطان،د. أنور مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي طبعة أولى، عمان، ١٩٨٧م.
- سنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن ، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٧.
- ــــــ ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج٤، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، طبعة أولى، ١٩٥٩م.
- سوار، د. محمد وحيد الدين شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية التبعية، الرهن المجرد، الرهن الحيازي، حقوق الاحتياز، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥م.

- سيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، طبعة ٣، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٦م، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي.
- شريف، د. محمود سعد الدين شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥م.
- شعراني، عبد الوهاب بن احمد بن علي، الميزان الكبرى ، مطبعه دار الفكر.
- شلبي، محمد مصطفى المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، لا طبعة، ١٩٨٥م/ ١٤٠٥هـ.
- شنطي، أيمن، شقر، عامر، مبادئ القانون التجاري، دار البداية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٥.
- شوخي، المدونة الكبرى رواية الامام سحنون بن سعيد (١٤٠ هـ) عن عبد الرحمن بن القاسم (١٩٧هـ) الطبعة الاولى ، المطبعة الخيرية ، سنة ١٣٢٤ هـ.
- شوكاني، القاضي الحافظ محمد بن علي بن محمد المتوفي سنة ١٢٥٠هـ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية في علم التفسير.
- شيغلي، شامل، عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون رسالة ماجستير ، سنة ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م.
- صالح، د. عبد الغفار إبراهيم ، الإفلاس في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بدون طبعة، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٠م.
- صاوي، الشيخ أحمد, بلغة السالك لأقرب المسالك، مطبعة محمد علي صبيح، ميدان الأزهر، مصر، ، سنة١٣٥٤هـ-١٩٣٥م.
- صبحي، د. محمد صاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط ١٩٨٣م.
- صنعاني ،محمد بن اسماعيل الكحلاني ، سبل السلام، مطبعه الباب الحلبي ،ط٢ ، ١٩٥٠.
- طه، مصطفى كمال، الوجيز في القانون التجاري، مطبعة القاهرة.
- طويل،صفاء مهدي جريمة خيانة أمانة في القانون العراقي.
- عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية ، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي ، مصر، ٩٥٦ م
- عامري،د.سعدون، الوجيز في العقود المسماة، عقدي البيع والإيجار، ١٩٧٤م.

- عاملي، محمد جواد، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة، مطبعة الفيحاء _دمشق ١٣٣١ هجري.
- عبادي، د. عبد السلام داؤد ، الملكية في الشريع الاسلامية، دراسة مقارنه بالقوانين والنظم الوضعية، القسم الثاني، مؤسسة الرسالة للطباعة، دار البشير، طبعة أول، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- عبد التواب، معوض، المستحدث في القضاء التجاري، ط٣، ١٩٩٧.
- عبد الرحمن، د. غازي، (التزام البائع بضمان العيوب الخفية)، مجلة العدالة، العدد الثالث، السنة الخامسة.
- عبد القادر، عزت، الإفلاس والصلح الواقي من التفليس، طبعة دار الكتب القانونية، بيروت ١٩٩٧.
- عبيدي،د. علي هادي, الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، دراسة مقارنة مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩م.
- عربي ، محمد بن عبد الله، احكام القرآن، دار الجيل، بيروت، لبنان، لاط، تحقيق علي محمد الجباوي ١٤٠٨هـ ، ١٩٨٨م ،.
- عطير، عبد القدر حسين، الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني، ج١، مطبعة الصفا للنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٣.
- عمر، المحامي محمد أحمد، قضاء النقض في جرائم الأموال، المطبعة المنيرية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- عواد، حازم ربحي، جرادة، احمد يحيى، مبادئ القانون التجاري، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط١، ٢٠٠٠.
- غزالي ، بداية الهداية ، تحقيق د محمد سعود المعيني ، ط ١٩٨٨.
- ـــــ ، احياء علوم الدين، دار المعرفة للطباعة ، بيروت.
- ـــــ ، الوجيز ، مطبعة الاداب ،مصر ، ١٣١٧ هجري .
- فار، المحامي الدكتور عبد القادر مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٤م.
- فتح الله، معجم الفاظ الفقه، مطبعة المدوخل،الطبعة الاولى، الدمام، ١٩٩٥،انظر كذلك د.سعدي ابو حبيب،القاموس الفقهي، الطبعة الثانية،طبع دار الفكر،دمشق،١٩٨٨.

- فرج، الصدة د. عبد المنعم الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٢م.
- فضل، د. منذر، النظريات العامة للالتزامات في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بغداد، ١٩٩١م.
- فضلي،د.جعفر الوجيز في العقود المدنية (البيع، الإيجار، المقاولة) مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩م.
- فناري، البدائع في أصول الشرائع، المتوفي سنة ٨٣٤هـ، رقم اللوحة ١٤١ (مخطوط) رقمه ٧٤٤ن٦ مكتبة الأوقاف العامة، بغداد.
- فيومي المقري، أحمد بن محمد بن علي المصباح المنير، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، ط١٤١٧، ١هـ ١٩٩٦.
- قاسمي، محمد جمال الدين، محاسن التأويل ، ج ٣ دار احياء الكتب العربية ، مطبعة عيسى البابي ، ط ١، سنة ١٣٧٧ هجري.
- قدامة ، المغنى، نشر مطابع سجل العرب ، القاهرة سنة ١٣٨٩ هـ
- قرافي ، الفروق ، ج٢ ،ط١ ،دار احياء الكتب العربية ١٣٤٦ هجري.
- ـــــ ، الذخيرة، دار القرب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٤، تحقيق د. محمد صبحي.
- قرطبي ، محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٩٥هـ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ١٩٥٠هـ.
- ـــــ ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد نشر مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٣٨٩هـ.
- ـــــ ، الجامع لأحكام القرآن، مجلده، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لا طبعة، ١٤١٣هـ/ ١٩٩٣م.
- قضاة، محمد، أحمد، الحجر على المدين المفلس في الشريعة الإسلامية، بحث مقدم في مجلة دراسات إسلامية، العدد الرابع، ١٩٩٠.
- قللي، محمد مصطفى، شرح قانون العقوبات في جرائم الأموال، السرقة والنصب وخيانة الأمانة، الطبعة الاولى، مطبعة فتح الياس نوري، مصر، ١٩٣٩..
- كاساني، علاء الدين بن مسعود بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، مطبعة الأمم، مصر، بدون سنة طبع.

- كساسبة، جرائم الإفلاس في القانون الأردني ، رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة الأردنية، ١٩٩٠م.
- كمال، د. طه مصطفى ، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية، بيروت- لبنان، ط١٩٨٠م.
- كيلاني، مسالك قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، مطبعة التفيض الأهلية ، بغداد، ١٩٤٠.
- ماحي، حسين، أحكام الإفلاس في ظل قانون التجارة الجديد، ط١، ٢٠٠٠.
- مبارك ، أحكام قانون التنفيذ العراقي، رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، الطبعة الأولى، مطبعة التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٩م.
- ـــــ ، أصول القانون، الطبعة الأولى، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨٢م.
- محقق البحريني، الحدائق الناضرة، تحقيق محمد تقي الارواني، مؤسسة النشر الاسلامي، قم.
- محلاوي، الشيخ محمد بن عبد الرحمن عيد، تسهيل الوصول إلى علم الاصول، ط١، مطبعة مصطفى الحلبي، سنة ١٣٤١هـ.
- محمد، الاحوال الشخصية ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مخيمر بالقاهرة – ١٩٧٥م.
- محمد، عوض جرائم الأشخاص والأموال، دائرة المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٤.
- محمصاني، صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط ١٩٨٣.
- مردادي، الحنبلي علاء الدين علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٣٧٧هـ - ١٩٦٨م.
- مرسي، عبدالعظيم وزير القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الأموال، السرقة والنصب وخيانة الأمانة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- مرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ١٤١٠هـ/ ١٩٩٠م.
- ـــــ ،الهداية شرح بداية المبتدي، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للنشر بيروت لبنان، بدون سنة طبع.
- مرقص، مذكرات في القانون الخاص ، محاضرات القيت على طلبة الماجستير في القانون الخاص، جامعة بغداد ، ١٩٦٨.

- مشهداني، د. محمد أحمد شرح قانون العقوبات القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ٢٠٠١م.
- مصري، حسني، القانون التجاري - الإفلاس، مطبعة القاهرة، ط ١، ١٩٨٧.
- مصطفى، إبراهيم، المعجم الوسيط وأشرف على طبعه عبد السلام هارون، نشر مجمع اللغة العربية بالقاهرة، مطبعة مصر، القاهرة، ١٣٨١هـ، ١٩٦١م.
- مصطفى، الزرقا المدخل الفقهي العام، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي ،الطبعة العاشرة،دار الفكر.
- مقدسي، عبد الله بن أحمد ابن قدامه، المغني مع الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، لا طبعة، ١٤١هـ، ١٩٩٤.
- مقدسي، موفق الدين ابن قدامى، المغني ويليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، الجزء الرابع بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
- ملك، الشيخ العلامة عز الدين عبد اللطيف عبد العزيز، شرح المنار، وحواشية من علم الاصول ، المطبعة العثمانية ، سنة ١٣١٥هـ .
- منعم، د. محمد عبد الرحمن عبد معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الأول، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، مصر، القاهرة، بدون سنة طبع.
- موصلي، المختار ، ج٣، مطبوع مع الاختيار ، مطبعة المصطفى البابي الحلبي ، ١٣٧١ هجري .
- ناصر، محمد عليوي، خيانة الامانة واثرها في العقود المالية في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، ط ١ ، ٢٠٠١ .
- نجيم ، الشيخ زين العابدين بن ابراهيم ، الاشباه، والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان تحقيق وتعليق عبد العزيز محمد الوكيل ، الناشر مؤسسة الحلبي وشركاه ، للنشر والتوزيع – القاهرة ، ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م.
- نداوي، أحكام قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٣.
- ـــــ، أحكام قانون التنفيذ، الطبعة الأولى، بغداد ١٩٨٣م.
- نسفي، الحنفي، الشيخ نجم الدين أبي حفص عمر بن محمد بن طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، بدون تاريخ.

- نظام، جماعة من علماء الحنيفة، الفتاوي الهندية ، تصحيح عبد الرحمن البحراوي، مطبعة دار الطباعه ببولاق، مصر، ١٢٧٦ هجري.
- نمور، د. محمد سعيد الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الأردني، منشورات جامعة مؤتة، طبعة أولى، ١٩٩٧م.
- نووي، يحيى بن شرف روضة الطالبين، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، وعبد الرحمن بن قدامه الشرح الكبير.
- ــــــ ، شرح المهذب للشيرازي، الجزء الثاني عشر، حققه محمد نجيب المطيعي، دار إحياء التراث العربي، ١٩٩٥م.
- نيسابوري، غرائب القرأن ورغائب الفرقان، ت ١٣٨١ هجرة، تحقيق ابراهيم عطوة عوض، ط١، مطبعة مصطفى البابي سنة ،١٣٨١هجرة ٣\٨٧.
- همام، الكمال بن الهمام المتوفي سنة ٨٦١هـ، شرح فتح القدير على الهداية دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان، طبعة اولى ١٤١٥هـ ، ١٩٩٥م. تحقيق عبد الرزاق غالب المهدي.
- ــــــ ، شرح الفتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي ت ٨٥١ ه طبعة الاولى سنة ١٣٨٩ ه شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ــــــ ، فتح القدير للعاجز الفقير مع تكملته نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لقاضي زاده طبعة دار احياء التراث العربي.
- هيتي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج طبعة المطبعة اليمنية، سنة ١٣١٥ هـ.
- وفا، أحمد، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ط٣، لا تاريخ.
-ياملكي، أكرم، القانون التجاري، دراسة مقارنة، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، عمان، الأردن، ١٩٩٨.
- يونس، علي حسني، الإفلاس والصلح الواقي منه، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١.

**المواد القانونية:**

- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠، والمعدل لسنة ٢٠٠٢.
- القانون التجاري الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦.
- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
- تمييز اردني، جزاء رقم (٧٨/١٦١) المنشور في مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٧٩ ص ٤٣٤، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الجزائية.
- تمييز اردني، رقم ٢١٨١/ ٥٤ق جلسة ١٩٨٩/٦/١١.
- تمييز اردني، رقم ٦٢١ لسنة ١٩٨٥.
- تمييز اردني، حقوق رقم ٩٦٠ \٨٨ .
- تمييز حقوق رقم ٨٦/٤٣١، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ١٩٨٩.

## فهرس المحتويات

# Abstract

The protection of human rights and interests of the public may be guaranteed by God in His Holy Book and the Sunnah of the Prophet supervisor, between the detailed and overall, was to include these rights and interests of the importance of explaining the legal rules, and religious texts, advice, or guidance, or direction, or situation is so specific , or forbid-drop operation to situations that may emerge from the texts of these rules and protective of the rights and interests of the public.

I've put this as an objective to facilitate the effort to me as stated in the laws of Jordan and Iraqi aware of the lack of conceptual clarity and monuments within the scope of legitimate transactions, a notion not to reduce crime in the owner bankrupt when he acts in his debt-ridden.

As a result of what happened from the economic developments and the accumulation of capital, there have been various means of fraud, impunity for the bankrupt debtor of the Shariah, the legal go to harm the rights of others to him.

That is why I addressed in my research that the definition of bankruptcy and stone and the statement of their conditions, noting the actions of the debtor, which is barred from the event of a stone him, and suggested the appropriate solution to protect the rights of others, and I said that the mortgage and guarantee that would weaken the right of creditors should not be used by the bankrupt before the declaration of bankruptcy and after the .

The former does not lose that right does not prevent creditors from the disposition of the funds, while the second case they are acting improperly in order to ensure the fulfillment of the debts of others, and was also the disposal of the debtor's debt-ridden with his money is hidden, and restricted the guarantees it.

Then reached that the act of the debtor with his money as such may fall under the list of crimes of money disposed of without legitimacy, and pointed out a definition of this act as a crime of a particular kind indicated elements and the penalty assessed, and this was a modest effort destined to serve the humanity and preservation of the rights of others